

UiO : **Det juridiske fakultet**

Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse

Avveiningen mellom sentrale prinsipper

Kandidatnummer: 653

Leveringsfrist: 25.11.2015

Antall ord: 17 807



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
2	SENTRALE PRINSIPPER I BARNEVERNRETEN	2
2.1	Barnerettslige prinsipper.....	2
2.1.1	Det biologiske prinsipp	3
2.1.2	Prinsippet om utviklingsfremmende tilknytning.....	4
2.1.3	Barnets beste	5
2.2	Prinsipper til vern mot inngrep	6
2.2.1	Det mildeste inngreps prinsipp.....	6
2.2.2	Legalitetsprinsippet	7
3	TILBAKEFØRING ETTER GJELDENE RETT	9
3.1	Vilkårene i § 4-21 for krav om tilbakeføring	10
3.1.1	Forsvarlig omsorg	11
3.1.1.1	Begrepet forsvarlig omsorg	11
3.1.1.2	Kravet om overveiende sannsynlighet.....	13
3.1.2	Barnets tilknytning	17
3.1.3	Fosterforeldrenes uttalellesrett.....	21
3.1.4	Ettårsfristen for ny behandling	23
3.2	Tilleggsvilkåret i § 4-21 annet ledd for nytt krav om tilbakeføring	24
3.3	Barnets uttalellesrett.....	26
3.4	Den europeiske menneskerettskonvensjonen og barnekonvensjonen	28
3.4.1	Den europeiske menneskerettskonvensjonen.....	28
3.4.2	Barnekonvensjonen	32
3.5	Bruken av prinsippene i praksis.....	34
3.5.1	Harmonisering mellom de ulike prinsippene?	34
3.5.2	Varierer vektleggingen av prinsippene fra sak til sak?	36
4	RETTSSIKKERHETSHENSYN OG BARNEVERNET INTERNASJONALT ...	37
4.1	Rettssikkerhetshensyn på bekostning av barnet?.....	38
4.1.1	Påkjennningen for barnet	38
4.1.2	Siling av saker	39
4.2	Habilitet og kvalitet i barnevernssaker	40
4.2.1	Habiliteten hos sakkyndige	40
4.2.2	Kvaliteten på advokatene	42
4.3	Kontrasten til USA og England	43

KILDER.....	45
Litteratur	45
Lover	46
Forarbeider.....	46
Utenlandske lover	47
Internasjonale lover.....	47
Dommer og kjennelser.....	47

1 Innledning

Temaet i denne oppgaven er oppheving av vedtak om omsorgsovertakelse, også omtalt som tilbakeføring. Med tilbakeføring menes her opphevelse av vedtak om omsorgsovertakelse slik at barnet blir gjenforent med sine biologiske foreldre(eller en av disse). Ettersom oppgavens tema er tilbakeføring etter barnevernloven § 4-21, vil spørsmålet om oppheving av vedtak om omsorgsovertakelse etter § 4-12 ikke bli omtalt nærmere.

Det er i barnevernretten flere sentrale prinsipper som gjennom tiden har utviklet seg gjennom både signaler fra lovgiver, lovgivningen selv og rettspraksis. Jeg vil i denne oppgaven først gjennomgå innholdet i disse prinsippene. Deretter vil jeg vise hvordan man ved hjelp av disse prinsippene tolker lovgivningen for å komme frem til det riktige resultat i hver enkelt sak. Prinsippene vil ofte være konkurrerende i den forstand at de vil peke i retning av forskjellige resultater. Å forstå hvordan de forskjellige prinsippene blir vektlagt i hver enkelt sak er derfor avgjørende for å kunne forstå utfallet i disse sakene. Jeg vil derfor ved hjelp av analyser av rettspraksis forsøke å danne et bilde av hvordan domstolene vurderer og vekter disse prinsippene i praksis. Jeg vil også forsøke å få frem hvordan disse prinsippene ikke nødvendigvis er motstridende, og at det i noen tilfeller er mulig å oppnå harmoni mellom disse.

Barnevernssaker involverer svært forskjellige individer, både voksne og barn. Jeg vil forsøke å få frem hvordan alle individene må vurderes individuelt i hver enkelt sak, og ved dette vise at det er en rekke forhold som virker inn og fører til at resultatet ikke alltid er like opplagt.

Prinsippene får som nevnt betydning i tolkningen av barnevernlovens bestemmelser. Jeg vil presentere disse prinsippene allerede i kapittel 2, før jeg går nærmere inn på tolkningen av bestemmelsen om tilbakeføring i kapittel 3.

Internasjonale traktater og konvensjoner får stadig større betydning i nasjonal rett. Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen(EMK) og FNs barnekonvensjon(BK) har særlig betydning for spørsmålet om oppheving av vedtak om omsorgsovertakelse. Jeg vil derfor også vurdere om den tolkningen av barnevernloven § 4-21 som blir foretatt gjennom rettspraksis er i tråd med Norges forpliktelser etter EMK og BK.

Det eksisterer mye barnerettslig litteratur i Norge. Spørsmålet om tilbakeføring er imidlertid som oftest kun behandlet i begrenset omfang i litteraturen. Ett unntak er doktoravhandlingen til Kirsten Sandberg fra 2003, som i sin helhet behandler spørsmålet om tilbakeføring. Det har imidlertid etter denne avhandlingen skjedd visse endringer i både § 4-21 og i hvordan bestemmelsen blir tolket. Ved hjelp av nyere litteratur, rettspraksis og forarbeider vil jeg forsøke å gi et bilde av situasjonen i dag, da både vekten og til dels innholdet i prinsippene har hatt en dynamisk utvikling.

Oppgavens siste kapittel vil ha et noe annerledes preg, da jeg i dette kapittelet skifter fokus fra et hovedsakelig teoretisk perspektiv(*law in books*) til et mer drøftende og vurderende fokus på praksis(*law in action*). Jeg vil der se på hvordan avveiningen mellom rettssikkerhetshensyn og prinsippet om barnets beste kan være utfordrende ved den generelle utformingen som loven har, der foreldrene på den ene siden har et sterkt ønske om å bli gjenforent med sine barn, mens barnet på den andre siden ofte vil ha behov for ro og stabilitet. Disse ønskene og behovene er ofte uforenelige med hverandre. I tillegg til dette, vil jeg se på to debatter som har foregått i lengre tid knyttet til kvalitet og habilitet ved prøving av omsorgsovertakelse og tilbakeføring i både fylkesnemnda og de alminnelige domstolene.

Avslutningsvis vil jeg se på en alternativ tilnærming til omsorgsovertakelse og tilbakeføring. I Norge er det klare utgangspunkt at omsorgsovertakelse skal være en midlertidig løsning, der målet er at barna skal bli gjenforent med sine biologiske foreldre når disse evner å yte den nødvendige grad av omsorg som kreves. En slik gjenforening kan i noen tilfeller skje mange år etter at det opprinnelige vedtaket om omsorgsovertakelse har funnet sted. Den alternative tilnærmingen jeg i siste del ser på, blir ofte omtalt som *permanency planning*. Dette går i korte trekk utpå at man tar sikte på å oppnå en permanent løsning for barnet tidligst mulig dersom foreldrene ikke innen en relativt kort tidshorisont etter omsorgsovertakelsen igjen evner å yte den nødvendige omsorgen for barna.

2 Sentrale prinsipper i barnevernretten

Når jeg i det følgende bruker ordet prinsipp, sikter jeg først og fremst til uskrevne normer som benyttes til tolkning av de ulike bestemmelsene for å komme frem til en rettsregel. Disse prinsippene blir også kalt tolkningsprinsipper og er helt sentrale innenfor barnevernretten. Noen av disse prinsippene er lovfestet. Sandberg skiller i sin avhandling mellom barnerettslige prinsipper og prinsipper til vern mot inngrep. Denne inndelingen vil også bli benyttet her, da den egner seg godt til å tegne et bilde av hvordan prinsippene virker inn i tilbakeføringssaker. De prinsippene som jeg anser mest sentrale i tilbakeføringssaker vil bli behandlet, før det senere i oppgaven drøftes hvor tydelig disse prinsippene kommer frem i hver enkelt sak.

2.1 Barnerettslige prinsipper

Sandberg beskriver barnerettslige prinsipper som prinsipper som sier noe om hvordan ulike hensyn i barnevernretten skal veies mot hverandre.¹ Under denne kategorien omtaler Sandberg det biologiske prinsipp, barnets beste og retten til omsorg. I tillegg til disse tre prinsippene, ble det

¹ Sandberg (2003) s. 35

i 2012 introdusert et forslag til et nytt prinsipp i denne kategorien – prinsippet om utviklingsfremmende tilknytning – som også vil bli omtalt nærmere. Oppgaven avgrenses mot retten til omsorg.

2.1.1 Det biologiske prinsipp

Sosiallovutvalget kom med følgende generelle merknad som kan illustrere det biologiske prinsipp:

«Det er et grunnleggende prinsipp i vårt samfunn at foreldrene selv sørger for sine barn. Selv om det påvises svikt hos foreldrene i deres forhold til barna - kanskje problemer av alvorlig karakter - er utgangspunktet derfor at problemene primært bør søkes bedret ved hjelpetiltak. Et annet utgangspunkt ville bryte radikalt med de rådende normer og verdisynspunkter, og forutsette en helt annen samfunnsstruktur enn den vi har idag.»²

I forarbeidene til en endringslov til barnevernloven fra 2009 beskrives det biologiske prinsipp som at det er til barnets beste å vokse opp med sine foreldre.³ Videre sies det om dette prinsippet:

«Barn i Norge har tradisjonelt vokst opp innenfor en biologisk storfamilie, senere kjernefamilie. Denne sosiale tradisjonen har fått sin idémessige refleksjon i ”Det biologiske prinsipp”. Dette blir også avspeilet i internasjonale konvensjoner. Biologiske foreldre vil ofte ha et fortrinn i tilknytningsprosessen gjennom forberedelsene til barnets fødsel og gjennom tanker om at barnet er en del av en selv og en videreføring av slekten. For barn som lever sammen med ikke-biologiske foreldre, vil den kulturelle vektleggingen av biologisk slektskap kunne utgjøre en utfordring for selvforståelsen.»⁴

Som forarbeidene til endringsloven fra 2009 illustrerer, kan det se ut til at vekten av det biologiske prinsipp har blitt noe nedtonet siden sosiallovutvalget kom med sine uttalelser i 1985. Innholdet i det biologiske prinsipp har tradisjonelt vært forankret i det biologiske bånd mellom foreldrene og barnet. Kjønstad illustrerer dette med det folkelige uttrykket «[b]lod er tykkere enn vann».⁵ Det har i lengre tid pågått en debatt om det biologiske bånd i seg selv skal være et viktig argument, eller om en heller bør flytte fokuset over til kvaliteten i relasjonen mellom

² NOU 1985: 18 s. 157

³ Ot.prp. nr. 69 (2008-2009) s. 5

⁴ Ibid. s. 5-6

⁵ Kjønstad (2012) s. 245

foreldrene og barnet. Denne debatten har de senere år resultert i et forslag til et prinsipp som omtales som prinsippet om utviklingsfremmende tilknytning.

2.1.2 Prinsippet om utviklingsfremmende tilknytning

Raundalenuutvalget fremla i 2012⁶ et forslag om et nytt prinsipp innenfor barnevernssaker som utvalget omtalte som «prinsippet om utviklingsfremmende tilknytning». I den etterfølgende proposisjonen uttalte barne- og likestillingsdepartementet at bakgrunnen for ønsket om å etablere et nytt prinsipp, var at en for stor vektlegging av det biologiske prinsipp ville kunne føre til at barn ikke får den nødvendige tilknytning og relasjon til dets omsorgspersoner.⁷

Om hva prinsippet går ut på, skrev utvalget at «terskelen for omsorgsovertakelse [skal] vurderes i forhold til følgende tre faktorer:

- a) om tilknytnings- og relasjonskvaliteten mellom omsorgspersonene og barnet er utviklingsstøttende eller ikke
- b) alvorlighetsgraden og stabilitet av omsorgssvikt (forsømmelser, manglende behandling eller opplæring, mishandling eller overgrep)
- c) om omsorgspersonenes egenskaper (psykisk utviklingshemming, psykiske sykdom, rus) er av varig eller forbigående karakter».⁸

Kort beskrevet skriver Kjønstad om dette prinsippet at «[d]et vil innebære at terskelen for omsorgsovertakelse vurderes ut fra kvaliteten i relasjonen mellom foreldre og barn, ikke de biologiske bånd i seg selv».⁹

Om relevansen av dette prinsippet uttalte Høyesterett i Rt. 2012 s. 1832 i avsnitt 30 følgende:

«Anbefalingen har møtt motbør, idet flere høringsinstanser har vært kritiske. Det fremstår på den bakgrunn som uklart hva som vil komme ut av utvalgsarbeidet. Avgjørelsen i denne saken må uansett bygge på gjeldende rett, og i så måte gir utredningen på dette punkt etter mitt syn liten veiledning.»

Barne- og likestillingsdepartementet delte Raundalenuutvalgets syn hva gjelder etableringen av dette nye prinsippet. Samtidig påpekte de at barnets beste fortsatt skal være grunnregelen i barnevernssaker og at barnets beste skal baseres på følgende «faglige prinsipper»:

⁶ NOU 2012: 5

⁷ Prop. 106 L (2012-2013) s. 82

⁸ NOU 2012: 5 s. 15-16

⁹ Kjønstad (2012) s. 245

- «Tilknytnings- og relasjonskvalitet: Samspill, relasjonskvalitet og tilknytningsform sett i sammenheng med barnets alder
- Biologiske bånd: At barn generelt sett har best av å vokse opp i egen familie, og at kontakten mellom familien og barnet skal opprettholdes etter en omsorgsovertakelse
- Mildeste effektive inngrep: At barnevernet ikke skal sette inn mer inngripende tiltak enn det som er nødvendig i familier som trenger bistand. Samtidig må barnevernet mene at tiltaket er effektivt og slik gi den hjelpen barnet har behov for.
- Barnets medvirkning: Barnets mening skal tillegges vekt i samsvar med barnets alder og modenhet.»¹⁰

I den etterfølgende innstillingen ble denne anbefalingen opprettholdt, hvor Fremskrittspartiet var eneste parti i komiteen som stemte mot opprettelsen av dette nye prinsippet.¹¹

Slik situasjonen er på nåværende tidspunkt, er det ikke tatt endelig stilling til om dette prinsippet skal etableres som et prinsipp i barnevernssaker. Det er imidlertid opprettet et lovutvalg som blant annet skal vurdere spørsmålet om regulering av prinsippene i barneretten.¹² Utvalget skal legge frem sin utredning i form av en NOU senest 14. august 2016.¹³

2.1.3 Barnets beste

Barnets beste er det prinsippet som normalt er avgjørende i saker om tilbakeføring. Dette prinsippet er lovfestet i blant annet barnevernloven § 4-1 første ledd som sier at det ved særlige tiltak etter lovens kapittel 4 – herunder saker om tilbakeføring – skal «legges avgjørende vekt på å finne tiltak som er til beste for barnet.»

Sosiallovutvalget uttalte at barnets beste som prinsipp sier noe om relevante synspunkter i saker med tiltak rettet mot barn. Det er kun momenter av betydning for barnet som skal trekkes inn i vurderingen når man knytter vurderingen til barnets beste, ikke hensynet til foreldrene. Som eksempel trekker utvalget inn hensynet til stabil og god voksenkontakt for barnet.¹⁴

Hvilke momenter som kommer inn i vurderingen av hva som er til barnets beste vil variere fra en sak til en annen. Momenter som ofte blir vist til i denne vurderingen er hensynet til stabilitet, ro, utvikling og sosial tilknytning.

¹⁰ Prop. 106 L (2012-2013) s. 82-83

¹¹ Innst. 395 L (2012-2013) s. 30

¹² Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet (2014b)

¹³ L.c.

¹⁴ NOU 1985: 18 s. 145-146

Vurderingen som skal foretas skal gjøres ut ifra hva som er til det beste for hvert enkelt barn. Denne vurderingen vil kunne være forskjellig fra et barn til et annet.¹⁵ Barn har forskjellig behov og hva som er til det beste for det yngste barnet på ett år vil ikke nødvendigvis også være til det beste for det eldste barnet på ti år. En kan forestille seg at for eksempel ett av barna har etablert en slik tilknytning til nye omsorgspersoner og miljøet ellers det befinner seg i at det vil være til dets beste å forbli der det er, mens et annet barn både ønsker og vil få bedre utbytte av å bli gjenforent med foreldrene. Momenter som kan virke inn på vurderingen vil være om barnet for eksempel er ekstra sårbart eller har konsentrasjonsvansker, funksjonshemninger eller andre fysiske eller psykiske vansker. En rekke momenter kan nevnes, men det lar seg vanskelig gjøre å oppstille en uttømmende liste over slike momenter.

2.2 Prinsipper til vern mot inngrep

Når Sandberg har samlet det meste inngreps prinsipp og legalitetsprinsippet under betegnelsen prinsipper til vern mot inngrep, er samlebetegnelsen relativt selvbeskrivende. Prinsippene får i første omgang anvendelse når det skal vurderes om det skal foretas et inngrep overfor den opprinnelige familien. Disse prinsippene får naturligvis også anvendelse ellers i barneretten, men jeg vil her konsentrere meg om prinsippenes betydning i tilbakeføringssaker.

Prinsippene som Sandberg betegner som prinsipper til vern mot inngrep består av det mildeste inngreps prinsipp og legalitetsprinsippet. Disse prinsippene vil bli omtalt i det følgende.

2.2.1 Det mildeste inngreps prinsipp

Det mildeste inngreps prinsipp går ut på at det ikke skal foretas mer inngripende tiltak enn det som er nødvendig i den konkrete situasjon. Med inngrep menes at myndighetene griper inn i den opprinnelige omsorgssituasjonen. Ved spørsmål om tilbakeføring vil det opprinnelige inngrepet være at myndighetene har grepet inn og fratatt de biologiske foreldrene omsorgen for ett eller flere av deres barn. Som ellers i barnevernretten vil utgangspunktet være at det ikke skal foretas inngrep dersom det ikke er nødvendig, og prinsippet har nær tilknytning til det biologiske prinsipp.

Prinsippet er ikke direkte omtalt i dagens barnevernlov, men har fått uttrykk i blant annet § 4-12 annet ledd der det står at omsorgsovertakelse kun kan foretas dersom «det er nødvendig ut fra den situasjonen barnet befinner seg i». Av bestemmelsens annet ledd annet punktum følger det at det ikke kan treffes vedtak om omsorgsovertakelse dersom det vil kunne etableres en tilfredsstillende omsorgssituasjon ved bruk av hjelpetiltak etter § 4-4 eller ved bruk av vedtak i

¹⁵ Kjønstad (2012) s. 246

medhold av § 4-10 (vedtak om medisinsk undersøkelse og behandling) eller § 4-11 (vedtak om behandling av barn som har særlige behandlings- eller opplæringsbehov).

Om betydningen av hjelpetiltak i denne forbindelse skriver Sandberg at:

«[...]omsorgsovertakelse ikke skal anvendes før hjelpetiltak er prøvd eller iallfall vurdert, og foreldreansvaret skal ikke fratas uten at en har prøvd å oppnå det ønskede resultat gjennom omsorgsovertakelse.»¹⁶

Selv om § 4-12 gjelder omsorgsovertakelse og ikke tilbakeføring, vil ikke det dermed si at det mildeste inngreps prinsipp ikke får anvendelse også i tilbakeføringssaker. Omsorgsovertakelse må sees på som et fortsatt inngrep, og dermed må det ved tilbakeføring tolkes som det mildeste inngrep at barnet blir tilbakeført.¹⁷

En annen tolkning av prinsippet i tilbakeføringssaker ville vært at at tilbakeføringen i seg selv ville ha vært et inngrep overfor barnet og barnets nåværende omsorgspersoner. Dette blir også problematisert i avhandlingen til Sandberg.¹⁸ Det blir der konkludert med at mildeste inngreps prinsipp knytter seg til vedtaket om omsorgsovertakelse og at prinsippet dermed vil være et argument for opphevelse av dette vedtaket.

2.2.2 Legalitetsprinsippet

Legalitetsprinsippet får ikke bare anvendelse i barneretten, men er også et grunnleggende prinsipp i norsk rett. Prinsippet er blant annet hjemlet i grunnloven § 96 innenfor strafferettens område, og grunnloven § 113 på forvaltningsrettens område. I tillegg er prinsippet hjemlet i EMK artikkel 8 nr. 2 hva gjelder retten til privatliv, ved at det ikke skal «skje noe inngrep av offentlig myndighet i utøvelsen av denne rettighet unntatt når dette er i samsvar med loven». Prinsippet går ut på at inngrep fra myndighetene krever hjemmel i lov. Hvilket krav som stilles til lovhjemmel må vurderes ut ifra flere momenter. Høyesterett ga i Rt. 1995 s. 530 på side 537 noen eksempler på hvilke momenter som skal tas inn i denne vurderingen. Arten av inngrepet og hvordan og hvor tyngende inngrepet rammer ble trukket frem, i tillegg til hvilket rettsområde man befinner seg i. Det avgrenses mot en nærmere redegjørelse av innholdet i legalitetsprinsippet. Det vil her kun bli sett på legalitetsprinsippet som tolkningsprinsipp i tilbakeføringssaker.

Vedtak om omsorgsovertakelse og opprettholdelse av omsorgsovertakelse etter krav om tilbakeføring er svært inngripende og tyngende vedtak. Av den grunn kan det argumenteres sterkt

¹⁶ Sandberg (2003) s. 41

¹⁷ Ibid. s. 42

¹⁸ Ibid. s. 428

for at vi her befinner oss i kjernen av legalitetsprinsippet, og at vilkårene for omsorgsovertakelse og opprettholdelse av denne må tolkes strengt.

Rt. 1992 s. 242 gjaldt krav om tilbakeføring. På dette tidspunktet hadde ikke barnevernloven av 1992 trådt i kraft og saken ble dermed avgjort etter daværende barnevernlov § 48 annet ledd. De sakkyndige hadde i denne saken anbefalt at omsorgsovertakelsen skulle opprettholdes, noe også flertallet kom frem til. Dette til tross for at mors omsorgsevne fremsto som forsvarlig. To dommere dissenterte og uttalte følgende om den sakkyndige vurderingen på side 251:

«[...] de sakkyndiges vurdering skjer på et fritt, barnevernsfaglig grunnlag, der man helt ut konsentrerer seg om en avveining av det ene miljø mot det annet, og om risikoen ved et miljøskifte. Selv om grunntemaet er det samme også for en domstol som skal anvende barnevernsloven § 48 annet ledd, ligger det en ulikhet i dette at domstolens tema er anvendelse av rettsregler om opprettholdelse av tvangsinngrep.»

Barnevernloven § 48 inneholdt ingen hjemmel for å nekte tilbakeføring i de tilfeller der tilbakeføring kunne medføre alvorlige skadevirkninger for barnet slik som barnevernloven § 4-21 inneholder i første ledd annet punktum. Ettersom de sakkyndiges anbefaling i stor grad knyttet seg til skadevirkningene for barnet, uttalte dissenterende dommer følgende om legalitetsprinsippet på side 252-253:

«Den bestemmelse det gjelder, setter vilkårene for opprettholdelse av et av de alvorligste tvangsinngrep mennesker i vårt land kan utsettes for. Det forhold at inngrepet, som her, skjer i den oppriktige hensikt å sikre en harmonisk og trygg oppvekst for et lite barn, kan ikke avverge denne karakteristikk av inngrepets art. I en slik situasjon må etter min mening Høyesterett ved sin lovtolkning vise slik tilbakeholdenhet, at det ikke gis grunnlag for å hevde at domstolen har tatt hånd om en lovgiveroppgave.»

På grunnlag av dette, stemte mindretallet for at kravet om tilbakeføring skulle tas til følge. Flertallet kom altså til at omsorgsovertakelsen skulle opprettholdes. Det ble uttalt at moren kunne få problemer med å takle de utfordringer som en tilbakeføring eventuelt ville medføre. Avgjørende for flertallet virket imidlertid å være skadevirkningene ved tilbakeføring for barnet. Sandberg bruker denne dommen til å illustrere at legalitetsprinsippet er relativt i saker om omsorgsovertakelse og tilbakeføring.¹⁹ Årsaken til dette er som Sandberg beskriver det, ikke at det dreier seg om et mindre alvorlig inngrep, men at de motstående hensynene veier svært tungt. I denne anledning viser Sandberg til prinsippet om barnets beste.

¹⁹ Sandberg (2003) s. 39

3 Tilbakeføring etter gjeldende rett

Det klare utgangspunkt er at barn skal vokse opp med sine foreldre. Omsorgsovertakelse skal være siste utvei og skal kun foretas dersom det er nødvendig ut fra den situasjonen som barnet befinner seg i. Ifølge tall fra statistisk sentralbyrå ble det gjennomført 53 088 tiltak fra barneverntjenesten i 2014.²⁰ Av disse var 43 477 hjelpetiltak, mens 9 611 av tiltakene var omsorgsovertakelser. Antall omsorgsovertakelser økte med nesten 6 % fra året før. Hvor mange krav på tilbakeføring etter omsorgsovertakelse som hvert år reises føres det ingen landsdekkende statistikk for.

Barneverntjenesten plikter etter § 4-16 fortløpende å holde seg orientert om barnets og foreldrenes utvikling under omsorgsovertakelsen.²¹ I dette ligger også at barneverntjenesten fortløpende skal vurdere om vilkårene for tilbakeføring er til stede.²²

De lovfestede vilkårene for krav om tilbakeføring er hjemlet i barnevernloven. Den generelle bestemmelsen om tilbakeføring er § 4-21. En annen bestemmelse som vil bli behandlet er § 6-3 om barnets uttalelsesrett. Vilråene i barnevernloven § 4-21 første og annet ledd vil bli behandlet først, før jeg så behandler barnets uttalelsesrett. Deretter går jeg inn på hvilken betydning den europeiske menneskerettighetskonvensjonen og barnekonvensjonen har for tolkningen av § 4-21, før jeg avslutter kapitlet med å se på hvordan de sentrale prinsippene i barnevernretten blir brukt og vektet i praksis. Partsevne og søksmålskompetanse vil ikke bli behandlet.

Barnevernloven § 4-21 lyder som følger:

Fylkesnemnda skal oppheve et vedtak om omsorgsovertakelse når det er overveiende sannsynlig at foreldrene kan gi barnet forsvarlig omsorg. Avgjørelsen skal likevel ikke oppheves dersom barnet har fått slik tilknytning til mennesker og miljø der det er, at det etter en samlet vurdering kan føre til alvorlige problemer for barnet om det blir flyttet. Før et vedtak om omsorgsovertakelse oppheves, skal barnets fosterforeldre gis rett til å uttale seg.

Partene kan ikke kreve at en sak om opphevelse av vedtak om omsorgsovertakelse skal behandles av fylkesnemnda dersom saken har vært behandlet av fylkesnemnda eller domstolene de siste tolv måneder. Er krav om opphevelse i forrige vedtak eller dom

²⁰ Statistisk sentralbyrå (2015)

²¹ Ofstad (2009) s. 198

²² L.c.

ikke tatt til følge under henvisning til § 4-21 første ledd annet punktum, kan ny behandling bare kreves der det dokumenteres at det har funnet sted vesentlige endringer i barnets situasjon.

3.1 Vilkårene i § 4-21 for krav om tilbakeføring

Etter denne bestemmelsens første ledd foreligger det fire vilkår for at tilbakeføring etter omsorgsovertakelse skal finne sted. Disse vilkårene relaterer seg til henholdsvis omsorgsevnen til de biologiske foreldrene, barnets tilknytning til mennesker og miljø der det bor under omsorgsovertakelsen, fosterforeldrenes uttalelsesrett og begrensningen knyttet til hvor tidlig og hvor ofte tilbakeføringsspørsmålet kan kreves behandlet. Ved en omformulering av første ledd ser vi at de tre første vilkårene er som følger:

1. *Overveiende sannsynlighet* for at foreldrene kan yte *forsvarlig omsorg*
2. Barnet må ikke ha en slik tilknytning til mennesker og miljø der det er, at det kan føre til *alvorlige problemer* for barnet å bli tilbakeført
3. Fosterforeldrene skal ha rett til å uttale seg

Disse tre vilkårene er kumulative og knytter seg til den konkrete vurderingen av om tilbakeføring skal skje. Det fjerde vilkåret som knytter seg til hvor tidlig og hvor ofte tilbakeføring kan kreves behandlet følger av bestemmelsens annet ledd, og knytter seg dermed til spørsmålet om tilbakeføring kan kreves behandlet. Dette vilkåret er dermed det første som tas stilling til i praksis. Dersom dette vilkåret er oppfylt vil det bli foretatt en konkret vurdering av om tilbakeføring skal finne sted på grunnlag av de tre øvrige vilkårene i første ledd.

Ordet *skal* foran vilkårene i første ledd første og annet punktum relaterer seg til en plikt. Sagt på en annen måte, plikter fylkesnemnda å oppheve vedtak om tilbakeføring dersom det er *overveiende sannsynlig* at foreldrene kan gi barnet *forsvarlig omsorg*. Samtidig overstyrer annet punktum denne plikten ved at fylkesnemnda plikter ikke å oppheve vedtak om omsorgsovertakelse dersom barnet har fått slik tilknytning til mennesker og miljø der det er, at det etter en samlet vurdering kan føre til *alvorlige problemer* for barnet om det blir flyttet. Tredje punktum oppstiller en plikt til å gi fosterforeldrene en rett til å uttale seg før vedtak om tilbakeføring fattes. Sistnevnte plikt inntreffer kun dersom tilbakeføring er aktuelt, jf. «[f]ør et vedtak om omsorgsovertakelse oppheves» i tredje punktum. Dersom omsorgsovertakelsen ikke oppheves er det dermed ikke en saksbehandlingsfeil om ikke fosterforeldrene har blitt gitt en rett til å uttale seg. I det følgende vil disse fire vilkårene bli behandlet hver for seg, hvor jeg går systematisk gjennom vilkårene slik de er oppstilt i § 4-21.

3.1.1 Forsvarlig omsorg

Det følger av barnevernloven § 4-21 første ledd første punktum at «[f]ylkesnemnda skal oppheve vedtak om omsorgsovertakelse når det er overveiende sannsynlig at foreldrene kan gi barnet forsvarlig omsorg.» Det grunnleggende spørsmålet blir dermed hva som kan sies å være *forsvarlig omsorg*. Deretter må det vurderes om det foreligger *overveiende sannsynlighet* for at foreldrene har en slik omsorgsevne. Det første relaterer seg dermed til graden av omsorgsevne, det andre til beviskravet for omsorgsevnen.

3.1.1.1 Begrepet forsvarlig omsorg

Hva som ligger i kravet om *forsvarlig omsorg* lar seg ikke beskrive fullt ut generelt. Vurderingen varierer i hver enkelt sak, og forhold som gjør seg gjeldende i én sak, kan være uten relevans i en annen. Loven selv sier intet om hva som skal ligge i vurderingen, men forarbeidene gir visse retningslinjer. Begrepet henger tett sammen med vurderingen som foretas ved omsorgsovertakelse i § 4-12, ved at § 4-12 hjemler omsorgsovertakelse i de tilfeller der foreldrenes omsorgsevne har så alvorlige mangler at det er nødvendig å gripe inn, mens § 4-21 hjemler tilbakeføring i de tilfeller der omsorgsevnen viser seg å være forsvarlig – og dermed ikke lider av alvorlige mangler. Jeg går ikke inn i en grundig tolkning og gjennomgang av vilkårene for omsorgsovertakelse etter § 4-12, da dette vil gå utover denne oppgavens rammer.

I Rt. 1996 s. 1203 uttalte førstvoterende på side 1207 at disse to bestemmelsene slik de så ut ved ikrafttreddelsen av gjeldende barnevernlov ikke var ment å innebære realitetsendringer fra barnevernloven 1952 §§ 19 og 48, og at vurderingen «i det vesentlige» vil være den samme når det kommer til foreldrenes omsorgsevne ved spørsmål om omsorgsovertakelse som ved spørsmål om tilbakeføring etter omsorgsovertakelse. I en senere Høyesterettsdom fra samme år inntatt i Rt. 1996 s. 1684 presiserte imidlertid Høyesterett på side 1689 at foreldrene ikke med dette «uten videre [har] krav på tilbakeføring av omsorgen når vilkårene for inngrep etter § 4-12 ikke lenger ville være til stede. Det skal imidlertid tungtveiende grunner til for å nekte tilbakeføring av omsorgen til foreldrene.» I denne dommen kom imidlertid Høyesteretts flertall på side 1693 til at selv om omsorgsevnen til foreldrene var bedret, knyttet det seg for stor usikkerhet til tilbakeføringen. Sandberg tolker disse to uttalelsene fra Høyesterett i retning av at kravet til *forsvarlig omsorg* etter § 4-21 er strengere enn kravet til omsorgsevne ved omsorgsovertakelse etter § 4-12.²³

Ordlyden i de to bestemmelsene kan gi nærmere veiledning på dette området. Barnevernloven § 4-12 inneholder flere alternative vilkår i første ledd bokstav a-d, samt et kumulativt nødvendighetsvilkår i annet ledd. Gjennomgående i vurderingen er likevel at omsorgsevnen lider av alvorlige mangler. Slik jeg vurderer det, vil det være vanskelig å påvise at foreldrene kan yte

²³ Sandberg (2003) s. 194

forsvarlig omsorg etter § 4-21 dersom omsorgsevnen er på grensen til å lide av alvorlige mangler. Sandberg fremhever hensynet til å sikre seg mot at omsorgsevnen igjen havner under terskelen for omsorgsovertakelse, som igjen kan føre til ny omplassering.²⁴ Når omsorgsevnen er på grensen til omsorgsovertakelse etter § 4-12, vil det dermed være vanskelig å bevise at omsorgsevnen er forsvarlig etter § 4-21. Det synes klart at selv om vurderingen i stor grad er den samme i forhold til omsorgsevnen ved omsorgsovertakelse og tilbakeføring, stilles det strengere krav til omsorgsevnen ved spørsmål om tilbakeføring etter § 4-21 enn for å unngå omsorgsovertakelse etter § 4-12.

Begrepet *forsvarlig omsorg* omtales i forarbeidene. Der uttales det at det skal stilles vilkår om at foreldrene må være i stand til å gi barnet et «godt hjem» og at det skal legges vekt på «om situasjonen antas å bli stabil».²⁵ I denne vurderingen skal det tas hensyn til om barnet er ekstra pleietrengende og til om det antas å ville oppstå problemer for barnet i forbindelse med tilbakeføringen.²⁶ Daværende barne- og familiedepartementet uttalte at et av grunnvilkårene må være at tilbakeføring ikke vil medføre *alvorlige problemer* for barnet.²⁷ Samtidig fremhevet departementet at «tilknytningen til de biologiske foreldrene i seg selv kan være en ressurs for barnet».²⁸ I samme avsnitt bemerker departementet at mindre alvorlige problemer eller problemer av forbigående karakter, ikke bør «være utslagsgivende dersom foreldrene ellers kan gi barnet en varig forsvarlig omsorgssituasjon».

NOUen til barnevernloven ble gjengitt i forarbeidene til en endringslov fra 2009²⁹, der barne- og likestillingsdepartementet la frem to momenter som vurderingen skal inneholde. For det første skal det vurderes om «foreldrene kan ivareta de ytre rammene for *forsvarlig omsorg*, slik som bolig, klær, hygiene og nødvendig oppfølging i forhold til skole og fritid». I tillegg til dette skal det vurderes om foreldrene er i stand til å «ivareta barnets behov for følelsesmessig kontakt og trygghet».³⁰ Departementet fremhevet samme sted at det skal foretas både en nåtids- og en fremtidsvurdering. En undersøkelse fra 2003³¹ viste at det i 42 prosent av vedtakene om omsorgsovertakelse ble vektlagt at en eller begge foreldrene hadde rusproblemer.³² Dersom det ved spørsmål om tilbakeføring antas å foreligge en viss risiko for tilbakefall etter rehabilitering

²⁴ Ibid. s. 195

²⁵ NOU 1985: 18 s. 171

²⁶ L.c.

²⁷ Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) s. 55

²⁸ L.c.

²⁹ Lov-2009-06-19-45

³⁰ Ot.prp. nr. 69 (2008-2009) s. 19

³¹ Havik (2003)

³² Ibid. s. 11

fra slike rusproblemer, vil dette være naturlig å vektlegge i fremtidsvurderingen. At foreldrene på tidspunktet for vurderingen er rusfrie, vil dermed ikke være tilstrekkelig, dersom det antas å være stor risiko for tilbakefall.

Odelstingsproposisjonen fremhevet at det skal foretas en individuell vurdering i hver enkelt sak.³³ I tillegg til dette skal foretas en konkret vurdering for hvert enkelt barn opp mot de(n) konkrete foreldre/forelder som krever tilbakeføring, der *forsvarlig omsorg* for ett barn, ikke nødvendigvis medfører at omsorgen er forsvarlig for et annet. Dersom barnet har spesielle behov, vil det dermed ikke nødvendigvis være tilstrekkelig at foreldrene har alminnelig god omsorgsevne. I anledning denne vurdering, vil det måtte virke inn i vurderingen om hjelpetiltak kan avhjelpe de ekstra krav som stilles til omsorgen for det konkrete barnet, og hvorvidt foreldrene i så fall vil nyttiggjøre seg av disse.³⁴

3.1.1.2 Kravet om overveiende sannsynlighet

Ordlyden i § 4-21 første ledd første punktum ble endret i 2009.³⁵ Denne endringen knyttet seg til beviskravet. Før denne lovendringen var både lovgivningen og forarbeidene tause om hvilket beviskrav som skulle stilles til *forsvarlig omsorg*.³⁶ Sandberg konkluderte i 2003 med at det måtte antas å være et minimumskrav om at det forelå sannsynlighetsovervekt.³⁷ Før lovendringen lød første punktum:

Fylkesnemnda skal oppheve et vedtak om omsorgsovertakelse når foreldrene kan gi barnet forsvarlig omsorg.

Ved lovendringen i 2009 ble denne endret til:

Fylkesnemnda skal oppheve et vedtak om omsorgsovertakelse når det er *overveiende sannsynlig* at foreldrene kan gi barnet forsvarlig omsorg. (min kursivering)

I forarbeidene til lovendringen ble endringen begrunnet slik:

³³ Ot.prp. nr. 69 (2008-2009) s. 19

³⁴ L.c.

³⁵ Ved lov-2009-06-19-45

³⁶ Ot.prp. nr. 69 (2008-2009) s. 19

³⁷ Sandberg (2003) s. 255

«Departementet er bekymret for at det tillates for stor usikkerhet med hensyn til foreldrenes omsorgsevne når barn tilbakeføres til hjemmet. Dette skaper fare for at barn tilbakeføres til omsorgssituasjoner som viser seg ikke å være forsvarlige, med de store negative konsekvenser dette vil ha for barna.»³⁸

Spørsmålet som kan stilles er imidlertid om det i realiteten ble foretatt en endring, eller om endringen var mer en presisering og lovfesting av det beviskrav som allerede ble brukt i praksis.

Dommerforeningens lovutvalg uttalte at de anså det sannsynlig at de fleste dommere i praksis krever mer enn sannsynlighetsovervekt i tilbakeføringssaker.³⁹ Ut ifra dommerforeningens uttalelser kan det dermed stilles spørsmål ved om lovendringen medførte noen realitetsendring. Hvorvidt tidligere praksis dermed har vært i samsvar med legalitetsprinsippet kan det stilles spørsmål til, men en slik påstand vil i praksis være vanskelig å overprøve, da domspremissene i sakene før lovendringen naturligvis ikke inneholder en slik erkjennelse.

Fylkesnemnda i Oslo og Akershus uttalte at de anså alminnelig sannsynlighetsovervekt å være gjeldende beviskrav.⁴⁰ Det kan dermed tenkes at det i praksis har vært avvikende praksis mellom fylkesnemndene og de alminnelige domstoler. Fylkesnemnda i Oslo og Akershus hadde pr. 1. november 2008 realitetsbehandlet 19 saker etter lovens § 4-21 i 2008, hvorav 13 av sakene ble behandlet i forhandlingsmøte. I 11 av disse sakene ble de private parters krav om tilbakeføring ikke tatt til følge.⁴¹ Ettersom barneverntjenesten fikk medhold i 11 av de 13 sakene som ble behandlet i forhandlingsmøte, kan det dermed stilles spørsmål om nemnda i realiteten kanskje har anvendt et strengere beviskrav. Dette blir igjen vanskelig å overprøve, så man står her igjen med nemndas uttalelser om at de før lovendringen benyttet alminnelig sannsynlighetsovervekt som beviskrav for å fastslå om foreldrene var i stand til å yte *forsvarlig omsorg*.

Etter dette blir det vanskelig å fastslå om det ved lovendringen i 2009 faktisk skjedde en realitetsendring, eller om endringen først og fremst var en presisering av hva som var gjeldende rett. Slik jeg ser det var det først og fremst en presisering av gjeldende rett, men uttalelsene fra høringsinstansene peker i retning av at en slik presisering var nødvendig for å sikre lik behandling av sakene.

Kravet om *overveiende sannsynlighet* gjelder beviskravet. Kravet knytter seg med andre ord ikke til omsorgsevnen i seg selv, men graden av sannsynlighet som kreves for å bevise at det

³⁸ Ot.prp. nr. 69 (2008-2009) s. 20

³⁹ Ibid. s. 21

⁴⁰ Ibid. s. 24

⁴¹ L.c.

foreligger *forsvarlig omsorg*. Beviskravet og kravet om *forsvarlig omsorg* henger dermed tett sammen, noe som gjør at disse normalt behandles samlet i de konkrete saker. Fremstillingen under vil derfor også inneholde elementer som faller inn under hva som er *forsvarlig omsorg*.

Agder lagmannsrett la i LA-2013-4411 til grunn at beviskravet ved tilbakeføring var noe strengere enn ved omsorgsovertakelse, noe som blant annet hadde sammenheng med at barnet ved tilbakeføring har bodd et annet sted i en viss tid. Retten utdypet ikke nærmere hva den mente med disse uttalelsene, men det kan tenkes at det hadde sammenheng med at barnet gjennom en omsorgsplassering har fått en slik tilknytning til miljø og mennesker der det er, at en tilbakeføring vil føre til ytterligere utfordringer som foreldrene må være i stand til å takle. Omsorgsevnen vil da bli satt på prøve, og dersom foreldrene viser seg ikke å takle denne omstillingen vil barnet nok en gang måtte utsettes for et skifte av miljø og omsorgspersoner.

Lindboe beskriver beviskravet som at det kreves en «høy grad av sannsynlighet og ikke bare alminnelig sannsynlighet som ellers er det vanlige.»⁴² Videre skriver han at det dersom det er tvil rundt omsorgsevnen, vil det være «tilstrekkelig med alminnelig sannsynlighetsovervekt for en risiko eller fare for alvorlige problemer for å nekte tilbakeføring.»⁴³

Hvilke momenter som er relevante i vurderingen må vurderes i hvert enkelt tilfelle. Det er likevel visse momenter som gjør seg gjeldende i et stort antall saker, hvor jeg vil gå inn på enkelte av disse ved å ta utgangspunkt i rettspraksis de senere årene. Fremstillingen nedenfor er imidlertid ikke ment å være utfyllende, da en utfyllende liste over relevante momenter vanskelig lar seg oppstille.

Et moment i vurderingen er tidsaspektet. I LA-2012-98710 hadde moren som krevde tilbakeføring vært rusfri i en lengre periode, giftet seg på nytt, i tillegg til å gi inntrykk for at hun viste forståelse rundt tidligere rusproblemer. Et av momentene i vurderingen av om moren var i stand til å yte *forsvarlig omsorg* var dermed om moren også ville forbli rusfri. Hun hadde vært rusfri i 4-5 år, i tillegg til å ha inngått et ekteskap og retten anså det derfor som *overveiende sannsynlig* at hun også i fremtiden ville forbli rusfri. Her var altså den lange perioden moren hadde vært rusfri et argument i beviskravet. Dersom årsaken til omsorgssvikten har opphørt, vil den tiden som har gått etter at denne årsaken opphørte være av betydning for vurderingen av hvor sannsynlig det er at årsaken igjen vil gjeninntre.

Selv om man i etterkant av en omsorgsovertakelse har gjennomgått vesentlige forandringer i livet for å kunne yte *forsvarlig omsorg*, vil ikke *forsvarlig omsorg* for et barn man har den

⁴² Lindboe (2012a) s. 122

⁴³ l.c.

daglige omsorgen for nødvendigvis medføre at man kan få gjennomslag for et tilbakeføringskrav av et barn man tidligere har blitt fratatt. Frostating lagmannsrett behandlet i LF-2011-8865 en slik sak. Moren hadde siden omsorgsovertakelsen av den eldste datteren fått et nytt barn. Omsorgsevnen til moren ble av retten beskrevet som god i forhold til det yngste barnet. Likevel var denne bedringen relativt fersk og forhistorien hennes gjorde henne sårbar for belastninger og stressende situasjoner. Det ble av den grunn stilt spørsmålsteget til hvordan hun ville takle prosessen rundt tilbakeføringen av det eldste barnet. Det ble i dommen uttalt at det avgjørende var barnets tilknytning til fosterfamilien, men domspremissene peker også i retning av at det ikke var *overveiende sannsynlig* at moren og hennes nye samboer ville være i stand til å yte *forsvarlig omsorg* i tilbakeføringsprosessen. Denne dommen lest i sammenheng med LA-2012-98710 over, viser at tidsaspektet er et relevant og ofte et tungtveiende moment i beviskravet. Dersom bedringen er relativt fersk, vil dette med andre ord i større grad svekke sannsynligheten for at foreldrene er i stand til å yte *forsvarlig omsorg* enn om de kritikkverdige forholdene ligger lenger tilbake i tid.

Til illustrering i en sak der barnet hadde særskilte behov, kom Frostating lagmannsrett i LF-2010-178752 frem til at krav om tilbakeføring ikke kunne tas til følge der det aktuelle barnet hadde ADHD og Tourettes syndrom. Lagmannsretten uttalte at det var ikke nødvendig å ta stilling til om foreldrene var egnet til å yte *forsvarlig omsorg* for et barn uten slike særlige problemer, da det måtte «påvises med høy grad av sannsynlighet» at foreldrene ville være i stand til å yte *forsvarlig omsorg* for det aktuelle barnet.

I denne saken kunne det stilles spørsmål om foreldrene hadde klart å føre tilstrekkelige bevis for at de evnet å yte *forsvarlig omsorg* til et barn uten særskilte behov. Det som imidlertid var avgjørende var at de ikke hadde evnet å bevise at de hadde omsorgsevne ut over det normale for å ivareta omsorgsbehovet for det aktuelle barnet. Retten fant det «klart» at dette ikke var «tilstrekkelig sannsynliggjort».

Frostating lagmannsrett behandlet i LF-2014-178085 en sak om tilbakeføring, der moren hadde innvandret med sine to barn fra Asia i 2011. Hun hadde gjennom en periode på rundt 1 ½ år blitt mer integrert i det norske samfunnet og det ble antatt at hun gjennom denne integreringen hadde fått et større nettverk å støtte seg til. Hun var i tillegg til dette mottakelig for hjelp og veiledning. Flertallet kom til at moren ville være i stand til å yte «tilfredsstillende» omsorg for det ene av barna(en jente på 15 år). Det ble antatt at barnet hadde profittert på å bli værende i fosterhjemmet, men retten uttalte at dette måtte vike da det kunne etableres tilfredsstillende omsorg hos moren. På tidspunktet for domsavsigelse hadde jenta vært i barneverntjenestens omsorg i cirka 18 måneder.

I Rt. 1989 s. 320 var det spørsmål om samværsrett og den daglige omsorgen for et barn der det var mistanke om seksuelle overgrep fra en av foreldrene. Selv om spørsmålet ikke gjaldt omsorgsovertakelse eller oppheving av vedtak om omsorgsovertakelse, vil avgjørelsen slik jeg vurderer det også ha overføringsverdi i slike saker. Førstvoterende uttalte på side 326:

«Ingen av de tidligere retter har tatt stilling til om seksuelle overgrep faktisk har funnet sted. At påtalemyndigheten bygget på at det ikke forelå tilstrekkelige bevis i en straffesak, er ikke avgjørende i denne sak. Spesielt i en sak om omsorg for mindreårige barn, kan det hevdes at det overhodet ikke kan tas noen risiko i et slikt forhold. Dette synspunkt er etter min mening relevant selv om bevisvurderingen er meget vanskelig.»

Det kan dermed antas at det ved mistanke om straffbare handlinger – særlig seksuelle overgrep – skal mer til for at beviskravet anses oppfylt. Høyesterett syntes å legge et strengere beviskrav til grunn enn ellers i barnefordelingssaker som følge av mistanken om seksuelle overgrep. Det kan derfor antas at mistanke om slike overgrep mot barnet vil få særlig betydning i vurderingen av om det er *overveiende sannsynlig* at foreldrene kan yte *forsvarlig omsorg*.

De saker som er gjennomgått over viser at det vanskelig lar seg oppstille en generell beskrivelse av hvordan beviskravet skal vurderes. I tillegg fremgår det av drøftelsen at beviskravet vanskelig lar seg skille fra vurderingen av *forsvarlig omsorg*, der LF-2014-178085 kan illustrere at kravet til *forsvarlig omsorg* nedjusteres i de tilfeller der omsorgsovertakelsen har vært kortvarig, barnet nærmer seg voksen alder, og barnet selv ønsker å bli tilbakeført til mors omsorg.

I tillegg til spørsmålet om hvilke grad av sannsynlighet som kreves i tilbakeføringssaker er det også et spørsmål om hvem som har bevisbyrden. I § 4-12-saker(omsorgsovertakelse) har barneverntjenesten bevisbyrden for at det er slike mangler ved omsorgsevnen at omsorgsovertakelse er nødvendig. Ved spørsmål om tilbakeføring etter § 4-21 er imidlertid denne bevisbyrden snudd. I disse sakene har foreldrene bevisbyrden for at de er i stand til å yte *forsvarlig omsorg*.

3.1.2 Barnets tilknytning

Når den ene eller begge foreldrene fremmer krav om tilbakeføring vil de ofte ha gjennomgått en lengre og tung prosess med å bedre omsorgsevnen. De kan ha hatt alkoholproblemer eller vært avhengige av illegale rusmidler, problemer mange ikke evner å legge fra seg. De kan ha måttet bryte med tidligere miljøer eller måttet forlate en voldelig samboer eller ektefelle. At man i mange tilfeller da blir møtt med at det nå er for sent vil utvilsomt være en enorm påkjenning for foreldrene.

Etter barnevernloven § 4-21 første ledd annet punktum skal det selv om det anses *overveiende sannsynlig* at foreldrene kan gi barnet *forsvarlig omsorg*, ikke foretas tilbakeføring «dersom

barnet har fått slik tilknytning til mennesker og miljø der det er, at det etter en samlet vurdering kan føre til alvorlige problemer for barnet om det blir flyttet.»

Det typiske tilfellet i saker der dette er til hinder for tilbakeføring, er der barnet har blitt plassert i fosterhjem og har knyttet sterke bånd til fosterforeldrene og nærmiljøet. Dette er som oftest tilfelle der fosterhjems plasseringen har vart en stund, men også her finner vi unntak. Det finnes eksempler på saker der barnet er så sårbart at det ikke anses forsvarlig å sette i gang en prosess med tilbakeføring.

For å illustrere innholdet i denne bestemmelsen, vil jeg igjen hovedsakelig benytte rettspraksis fra de senere år. Jeg går imidlertid først gjennom hva forarbeidene og den juridiske litteraturen sier om bestemmelsen.

Sosiallovutvalget skrev i sin utredning dette om barnets tilknytning:

«[...] livssituasjonen for foreldrene [kan] være radikalt endret og det er ikke risiko for at den opprinnelige situasjon oppstår igjen. Det er f.eks. skapt et godt hjem for senere fødte barn.

Flytting av barnet tilbake til foreldrene er ikke av den grunn uten videre gitt. Det er generelt en påkjenning for et barn å flytte fra et kjent miljø og fosterforeldre det er knyttet til, og til foreldre som det i hvert fall ikke kjenner like godt som fosterforeldrene. Disse vanskelighetene er størst når barnet har spesielle problemer. Det må legges vekt på om de biologiske foreldre har evne til å hjelpe barnet over slike vanskeligheter.»⁴⁴

Når det kommer til vurderingen rundt miljøbetraktninger uttalte sosiallovutvalget:

«I hvilken utstrekning miljøbetraktninger bør telle ved vurderingen er også et vanskelig spørsmål. Skal det f.eks. legges vekt på at barnet har et rikere sosialt og kulturelt miljø hvor det bor hos fosterforeldrene enn det er der de biologiske foreldre bor. Generelt kan nok slike forhold tenkes å skape problemer for barnet og for så vidt være et relevant moment for vurderingen.»⁴⁵

På tross av sosiallovutvalgets formulering hva gjelder miljøbetraktninger, valgte de å ta utgangspunkt i en ordlyd som på dette punktet fortsatt står uendret. Det kan i dag ikke være tvil om at miljøbetraktninger er relevante i vurderingen. Hvor stor vekt disse betraktningene skal

⁴⁴ Nou 1985: 18 s. 170

⁴⁵ Ibid. s. 171

tillegges, er imidlertid et mer krevende spørsmål. Her som ellers, vil vurderingen avhenge av den konkrete sak.

Barne- og familiedepartementet uttalte i høringsutkastet at enhver flytting vil kunne medføre problemer og at det dermed er et mål å unngå flytting. Samtidig ble det fremhevet at vurderingen som skal foretas er både en vurdering av problemene som oppstår på kort sikt ved flytting, samt en langsiktig vurdering. Etter utvalgets oppfatning innebærer formuleringen *alvorlige problemer* en garanti det både foretas en kortsiktig og langsiktig vurdering.⁴⁶

Sandberg formulerer unntaket i første ledd annet punktum som et spørsmål om «hvordan barnet vil reagere på et brudd med fosterforeldrene. I den forbindelse må foreldrenes evne til å håndtere disse reaksjonene vurderes».⁴⁷

Slik Sandberg formulerer dette, ser vi sammenhengen med *forsvarlig omsorg*-vurderingen i første punktum. Foreldrene kan med det ha en generell *forsvarlig omsorg*, men mangle den omsorgsevnen som kreves for å takle de ekstrabelastninger som oppstår ved en tilbakeføring. Det må imidlertid trekkes inn i vurderingen at hjelpetiltak kan avhjelpe deler av de utfordringene som en tilbakeføring medfører.

Med henvisning til Rt. 1987 s. 805 side 811, skriver Sandberg at kriteriet etter første ledd annet punktum, er at «tilbakeføring av omsorgen ”må nektes” dersom den vil medføre reell fare for skadevirkninger av betydning, sett på lengre sikt.»⁴⁸

Høyesterett har gjennom flere avgjørelser fra 80-tallet og frem til i dag kommet med uttalelser om hvordan denne bestemmelsen skal tolkes. De tidligste avgjørelsene skjedde før barnevernloven 1992 trådte i kraft, men bestemmelsen i § 4-21 første ledd annet punktum må ses på som en lovfesting av det vurderingstemaet som tidligere var utviklet gjennom rettspraksis.⁴⁹

Dette vurderingstemaet ble først omtalt i Rt. 1986 s. 1189 der førstvoterende uttalte på side 1192 at ved den nåtidige vurderingen skal foretas, vil også virkningene av et miljøskifte fra fosterforeldrene til de biologiske foreldrene komme inn i vurderingen. Vurderingstemaet har i etterkant blitt gjentatt og modifisert i en rekke avgjørelser fra Høyesterett.⁵⁰ For å finne frem til

⁴⁶ Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) s. 55

⁴⁷ Sandberg (2003) s. 211

⁴⁸ L.c.

⁴⁹ Jf. Rt. 1992 s. 1303 på side 1306

⁵⁰ Blant annet i Rt. 1987 s. 52, Rt. 1992 s. 1303, Rt. 1995 s. 479, Rt. 2002 s. 875, Rt. 2004 s. 1683 og Rt. 2015 s. 110

hva som er gjeldende rett hva gjelder dette temaet, vil drøftelsen under konsentreres rundt senere års rettspraksis.

Førstvoterende uttalte i Rt. 2004 s. 1683 i avsnitt 32 at det er avgjørende om barnet ved en tilbakeføring utsettes for en «reell fare for skadevirkninger av betydning på lengre sikt». Om dette er tilfelle, skal det ikke skje noen tilbakeføring med mindre dette likevel vil være til barnets beste. Høyesterett fremhevet også her i avsnitt 33 at det skal foretas en nåtidsvurdering.

Høyesterett var ikke i tvil om at barna faktisk hadde vært utsatt for omsorgssvikt i forkant av omsorgsovertakelsen, men uttalte i avsnitt 34 at som følge av den nåtidsvurderingen som skal foretas, vil den tidligere omsorgssvikten uansett være uten betydning for vurderingen av om tilbakeføring skal skje.

Hva gjelder det nærmere innhold i vurderingen uttalte Høyesterett i avsnitt 50:

«I denne vurderingen vil foreldrenes evne til å håndtere barnets reaksjoner kunne få stor betydning. Evnen på dette punkt vil ha sammenheng med foreldrenes omsorgsevne generelt, men tilstrekkelig omsorgsevne i alminnelighet innebærer ikke nødvendigvis at foreldrene vil klare den spesielt krevende oppgave som vil foreligge når det er tale om å bryte en nær tilknytning for barnet, jf. Kirsten Sandberg: Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse. Oslo 2003 side 211. Dette vil etter mitt syn være en aktuell situasjon i denne saken.»

Høyesterett kom i avsnitt 53-57 til at vilkåret for å nekte tilbakeføring etter § 4-21 første ledd annet punktum var oppfylt, da det ble antatt at skadevirkningene ved en tilbakeføring ville være betydelige, blant annet ved at det forelå en reell risiko for at barnet ville oppleve langvarig depresjon. Det ble også vurdert som meget tvilsomt at det ville være mulig å sette inn tilstrekkelige hjelpetiltak for å avverge disse skadevirkningene.

I Rt. 1997 s. 170 på side 175 kom Høyesterett med uttalelser om hva som typisk skal vektlegges i vurderingen etter § 4-21 første ledd annet punktum.

«Vurderingen etter annet punktum av skadevirkningene ved flyttingen, må skje ut fra forventet utvikling i et lengre tidsperspektiv, at det i en overgangsperiode kan oppstå problemer er ikke avgjørende. Ved denne vurderingen må man også ha for øye konsekvensene for barnet i årene framover om det fortsatt blir under forsterforeldrenes omsorg, med de problemer som da etter hvert vil kunne oppstå.

Det har en egenverdi at et barn får vokse opp hos sine biologiske foreldre. Når barnet vokser opp i en familie der det vet at det opprinnelig ikke hører hjemme, vil det kunne oppstå problemer eller konflikter av en annen karakter enn ellers når barnet begynner å søke etter sin identitet. Slike problemer vil trolig forsterkes når barnet har en annen etnisk og kulturell opprinnelse enn fosterforeldrene. Dette er en side ved saken her som man etter min mening ikke kan se bort fra, og som vil måtte gå inn i den samlede vurdering som må legges til grunn ved avgjørelsen av spørsmålet om tilbakeføring. Byretten synes ikke å ha vært inne på denne problemstilling ved vurderingen, og lagmannsretten har ikke ansett dette spørsmål for å tale verken for eller mot tilbakeføring.»

Omsorgsovertakelsen ble i LB-2014-153189 opprettholdt til tross for at retten kom til at det var *overveiende sannsynlig* at moren kunne gi barnet på syv år *forsvarlig omsorg*. Lagmannsretten begrunnet dette med at barnet på syv år hadde bodd fire og et halvt år i fosterhjem. Barnet hadde med dette fått en sterk tilknytning til fosterforeldrene. Retten anså ikke at barnet hadde særlige behov, men la vekt på at han tidligere hadde taklet dårlig endringer og uforutsigbarhet. Han hadde etablert et nettverk med skole, venner og aktiviteter under fosterforeldrenes omsorg og retten vurderte som følge av disse momentene at tilbakeføringen ville føre til *alvorlige problemer* for barnet, jf. § 4-21 første ledd annet punktum. I denne dommen syntes lagmannsretten å legge liten vekt på det biologiske prinsipp, da relasjonene som var bygd opp ikke var tilknyttet de biologiske foreldrene, men fosterforeldrene.

I tillegg til de momentene som har blitt nevnt over, vil også andre momenter kunne gjøre seg gjeldende i forhold til barnets tilknytning. Dette kan for eksempel være lekekamerater i nabolaget, fostersøsken eller andre familiemedlemmer, men også alt annet som barnet er redd for å miste. Samtidig er det viktig å påpeke at det ikke skal skje en form for barnets beste-vurdering av hvor barnet får den beste omsorgen. Det skal ikke være en konkurranse mellom fosterforeldrene og de biologiske foreldrene. En slik konkurranse ville ofte ha ført til at tilbakeføring aldri hadde blitt aktuelt. Som Lindboe beskriver det, skal det «ikke foretas noen sammenlikning i forhold til kvaliteten på omsorgstilbudet i fosterhjem eller institusjon.»⁵¹ Man kan med andre ord ikke nekte en tilbakeføring med henvisning til at barnet får det mye bedre med å vokse opp med velstående fosterforeldre med stort hus og hage enn å vokse opp i en avsidesliggende kommunalbolig med en biologisk mor med stram økonomi.

3.1.3 Fosterforeldrenes uttalellesrett

Etter barnevernloven § 4-21 første ledd tredje punktum skal barnets fosterforeldre gis rett til å uttale seg før vedtak om omsorgsovertakelse oppheves. Fosterforeldrenes uttalellesrett har vært

⁵¹ Lindboe (2012a) s. 121

lovfestet siden barnevernloven 1992 trådte i kraft. I forarbeidene til 1992-loven uttalte barne- og familiedepartementet:

«Spørsmålet om klagerett for fosterforeldre blir etter departementets høringsutkast ikke aktuelt, da det ikke vil være noen klageinstans for fylkesnemndas vedtak. Departementet foreslo imidlertid at dersom barnet har vært i fosterhjem, skal fosterforeldrene gis rett til å uttale seg før det treffes vedtak etter § 4-21. Fosterforeldrenes uttalelse bør innhentes som ledd i saksforberedelsen for fylkesnemnda. Dersom barnet har bodd i fosterhjemmet i lang tid, bør barneverntjenesten også vurdere om fosterforeldrene bør føres som vitner for fylkesnemndas behandling av saken.»⁵²

Før 1992-loven trådte i kraft hadde ikke fosterforeldrene noen automatisk uttalelsesrett, selv om fosterforeldrene også før denne tid som oftest uttalte seg i tilbakeføringsaker – særlig ved uttalelser til barnevernstjenesten ved oppfølging av fosterhjemmet.

Med den oppfølgingen barneverntjenesten har av fosterhjemmet er det nærmest utenkelig at fosterforeldrene ikke har fått anledning til å uttale seg, og denne rettigheten vil dermed kun bli kort omtalt her. Som det fremgår av ordlyden i § 4-21 første ledd siste punktum innehar fosterforeldrene en *rett* til å uttale seg, ikke en *plikt*.⁵³

Et moment som kan tale mot å legge for stor vekt på fosterforeldrenes uttalelser er deres egeninteresse i sakens utfall. Fosterforeldrene har ofte knyttet et nært forhold til fosterbarnet og ønsker dermed å beholde omsorgen. Selv om man skal være forsiktige med å påstå at de på dette grunnlag vil være villige til å holde tilbake eller gi uriktige opplysninger, vil et nært bånd til fosterbarnet øke sjansen for at dette skjer. Av denne grunn bør man være til dels kritiske til de uttalelsene som fosterforeldrene kommer med som ikke lar seg overprøve.

Dersom tilbakeføring mot formodning har skjedd uten at fosterforeldrene har hatt anledning til å uttale seg – noe som vil være naturlig ved klage på manglende uttalelser fra fosterforeldre – vil en hovedsakelig måtte se på om tilbakeføringen har vært vellykket. Dersom dette er tilfellet, vil det peke i retning av at feilen ikke har innvirket på vedtaket, jf. forvaltningsloven § 41 og tvisteloven § 29-21. Jeg går ikke nærmere inn på virkningen av en eventuell saksbehandlingsfeil her. Ved saksbehandlingsfeil i barnevernssaker blir det som oftest fattet en realitetsavgjørelse i neste instans for å unngå gjentatte behandlinger av saken, jf. Rt. 2011 s. 1601 avsnitt 47-48. Denne utvidede prøvelsesretten er hjemlet i tvisteloven § 36-5 tredje ledd, jf. § 11-4. I tillegg vil barnets beste, det biologiske prinsipp og hensynet til *status quo* peke i retning av at man

⁵² Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) s. 55

⁵³ Lindboe (2012a) s. 127

ikke går igjennom en ny runde med behandling av saken som kan bli belastende for både barnet, fosterforeldrene og de biologiske foreldrene.

3.1.4 Ettårsfristen for ny behandling

Barnevernloven § 4-21 annet ledd første punktum angir en ettårsfrist før partene kan kreve fornyet behandling av krav om tilbakeføring. Fylkesnemndsutvalget foreslo å øke denne fristen til 24 måneder.⁵⁴ Om dette uttalte utvalget:

«Selv om man rett nok vil kunne avbøte atskillig av de økonomisk uheldige sider grunnløse endringssaker reiser gjennom fleksible og til dels enkle saksbehandlingsregler, vil allerede den mulighet at endringssak kan kreves kunne skape uro og midlertidighet i en situasjon hvor man mest av alt bør tilstrebe ro, særlig da av hensyn til barnet[...]»⁵⁵

Hensynet bak ettårsfristen er hovedsakelig å skape ro rundt barnet, noe som gjenspeiler hensynet til barnets beste. Når en så foreslo å øke denne fristen til 24 måneder var dette begrunnet i nettopp barnets beste. Departementet sluttet seg imidlertid ikke til dette endringsforslaget.⁵⁶ Årsaken til dette var at de motstridende prinsippene var så tungtveiende at en fant gjeldende løsning som en riktig avveining mellom disse prinsippene. Prinsippene som talte mot en slik økning av fristen var det biologiske prinsipp og mildeste inngreps prinsipp. Fristen er dermed fortsatt 12 måneder.

Med *partene* siktes det til de private parter – de biologiske foreldrene. Fylkesnemnda står imidlertid fritt til å behandle sak om tilbakeføring uavhengig av om denne fristen har utløpt eller ei.⁵⁷ Typisk ved nevnte unntak vil være der barneverntjenesten på eget initiativ kommer til at en tilbakeføring vil være til barnets beste og dermed bringer saken inn for fylkesnemnda med påstand om at tilbakeføring etter § 4-21 skal skje. Dette kan være i forbindelse med at det avdekkes forhold hos fosterhjemmet som gjør at barnet må flyttes og der det når barnet uansett må flytte anses mest hensiktsmessig å tilbakeføre det til dets foreldre. Det kan også ha skjedd en klar endring i de biologiske foreldrenes omsorgssituasjon som gjør at vilkårene for tilbakeføring etter § 4-21 etter barneverntjenestens oppfatning klart er til stede. Dersom barneverntjenesten er av den oppfatning at vilkårene for tilbakeføring er til stede, har de både anledning og en plikt til å fremme sak om tilbakeføring uavhengig av ettårsfristen.⁵⁸

⁵⁴ Nou 2005: 9 s. 126

⁵⁵ Ibid. s. 98

⁵⁶ Ot.prp. nr. 76 (2005-2006) s. 100

⁵⁷ Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) s. 113

⁵⁸ Lindboe (2009) s. 67 og Lindboe (2012a) s. 127

Ved slike situasjoner, vil det som oftest være en fordel om barnet tilbakeføres snarest mulig. Dette for å forhindre at barnet blir mer avhengig av fosterfamilien og får en svakere tilknytning til de biologiske foreldrene. Her kommer blant annet minste inngreps prinsipp og det biologiske prinsipp inn i bildet. Dersom barnet i nær fremtid skal starte i ny barnehage eller skole, vil det også være hensiktsmessig å tilbakeføre barnet i forkant av dette, slik at integreringen til barnets nye miljø skjer på en best mulig måte.

For ordens skyld bemerker jeg at annet ledd første punktum ikke er til hinder for å bringe et vedtak inn for retten eller anke rettens avgjørelser.

3.2 Tillegsvilkåret i § 4-21 annet ledd for nytt krav om tilbakeføring

Dersom det ved endelig vedtak eller dom er stadfestet at tilbakeføring ikke kan skje som følge av barnets tilknytning til mennesker og miljø der det er, kan tilbakeføring etter § 4-21 annet ledd annet punktum ikke kreves med mindre det kan dokumenteres at det har funnet sted *vesentlige endringer i barnets situasjon*.

Denne bestemmelsen kom inn ved en lovendring som trådte i kraft i 2007,⁵⁹ og endret adgangen til å kreve tilbakeføring i disse sakene.⁶⁰ Før den aktuelle lovendringen var det ikke nedfelt noen særegne begrensninger i adgangen til å kreve tilbakeføring i slike saker og det gjaldt samme begrensninger som ved krav om tilbakeføring på grunnlag av endrede forhold rundt foreldrenes omsorgsevne. Forarbeidene til endringsloven beskrev at formålet med denne lovendringen var å «sikre ro og stabilitet rundt barn som det er truffet vedtak om omsorgsovertakelse for.»⁶¹ Barne- og likestillingsdepartementet uttalte at det ville være små muligheter for at et nytt krav om tilbakeføring vil føre frem dersom dette tidligere har blitt nektet med henvisning til barnets tilknytning, jf. § 4-21 første ledd annet punktum.⁶² I slike tilfeller vil det være endringer i barnets situasjon som er av betydning, ikke endringer i foreldrenes situasjon.⁶³

Departementet bemerket likevel at det «også [kan] tenkes tilfeller der barnets forhold til sine biologiske foreldre utvikler seg så vidt annerledes enn forutsatt at spørsmålet om tilbakeføring bør være gjenstand for ny vurdering».⁶⁴

⁵⁹ Lov-2006-12-1-65

⁶⁰ Ot.prp. nr. 76 (2005-2006) s. 126

⁶¹ L.c.

⁶² Ibid. s. 101

⁶³ L.c.

⁶⁴ L.c.

Raundalenutvalget la til grunn at *vesentlige endringer i barnets situasjon* først og fremst tar sikte på å dekke de tilfellene der barnet uansett er nødt til å flytte fra fosterhjemmet, for eksempel ved at fosterhjemmet sier opp fosterhjemsavtalen.⁶⁵

Ved at det ikke kan kreves ny behandling i slike saker, vil ikke dermed si at foreldrene ikke kan bringe slike saker inn med ønske om at det foretas en ny behandling. I forarbeidene uttales det at «partene ikke kan *kreve* ny behandling i disse tilfellene, men at det vil være opp til fylkesnemnda å avgjøre om saken skal undergis realitetsbehandling eller ikke».⁶⁶

I likhet med § 4-21 annet ledd første punktum, kan barneverntjenesten også i situasjoner etter annet ledd annet punktum bringe saken inn for fylkesnemnda med sikte på en tilbakeføring. Dersom fosterhjemmet ikke lenger er et godt hjem eller andre forhold gjør at barnet uansett må flytte, vil ikke bestemmelsens første ledd annet punktum lenger ha samme vekt. Man ser da hovedsakelig på om det er overveiende sannsynlig at foreldrenes kan yte forsvarlig omsorg etter § 4-21 første ledd første punktum. Det kan tenkes at terskelen for tilbakeføring i disse tilfellene er noe lempet, da barnet uansett må flyttes.

Videre skal annet ledd annet punktum forstås slik at bestemmelsens annet ledd første punktum fortsatt får anvendelse, slik at fristen på 12 måneder fortsatt gjelder.⁶⁷

Innholdet i kravet om *vesentlige endringer i barnets situasjon* har ikke blitt nærmere omtalt verken i loven, forarbeider eller Høyesterettsavgjørelser. Spørsmålet ble imidlertid behandlet i LA-2011-116934. Denne saken ble behandlet av Høyesteretts ankeutvalg⁶⁸ ettersom retten hadde tatt feil utgangspunkt i forhold til barnets rett til å bli hørt etter § 6-3, men saken ble nektet fremmet. Lagmannsretten uttalte at det var av betydning at fosterforeldrene har skilt lag, men som følge av barnets sterke tilknytning til fostermoren og dets fortsatte ønske om å forbli hos fostermoren, ble omsorgsovertakelsen opprettholdt.

Lagmannsretten utdypet ikke nærmere hva de la i uttalelsen om at det var av betydning at fosterforeldrene hadde skilt lag, men utsagnet lest i sammenheng med dommen ellers viser at retten ikke tillar denne omstendigheten særlig vekt. At omstendigheten var relevant, bekreftet imidlertid retten, og slik jeg vurderer det kan en slik omstendighet tillegges større vekt i saker der separasjonen har medført mer varige negative utviklingstrekk hos barnet.

⁶⁵ Nou 2012: 5 s. 118

⁶⁶ Ot.prp. nr. 76 (2005-2006) s. 101

⁶⁷ L.c.

⁶⁸ Rt. 2012 s. 900

Det er i utgangspunktet foreldrene som må kunne dokumentere at det har funnet sted *vesentlige endringer i barnets situasjon*. Når det gjelder dokumentasjon på at det har funnet sted slike endringer, vil foreldrene sjelden være i stand til å dokumentere dette på egenhånd. De er derfor avhengige av at barneverntjenesten fanger opp slike endringer og enten meddeler disse endringene til foreldrene, eller at foreldrenes advokat får innsyn i saksdokumentene og ved hjelp av disse er i stand til å dokumentere endringer i barnets situasjon.

3.3 Barnets uttalellesrett

Etter barnevernloven § 6-3 første ledd skal barn som er fylt 7 år gis anledning til å uttale seg før det fattes avgjørelser som berører ham eller henne. Bestemmelsen fastsatte tidligere en uttalellesrett for barnet fra fylte 12 år. Som følge av inkorporeringen av barnekonvensjonen ble imidlertid dette endret til 7 år for å være i tråd med barnekonvensjonen artikkel 12.⁶⁹

Selv om barnet fra fylte 7 år har rett til å uttale seg før det fattes vedtak om tilbakeføring, kan det stilles spørsmål om hvor stor vekt barnets uttalelser skal gis i ung alder. Forarbeidene uttalte om dette:

«Hvor stor vekt barnets mening skal tillegges, må bero på en konkret vurdering i hver enkelt sak. Generelt vil det være slik at jo eldre og mer modent barnet er, jo større vekt skal dets mening tillegges. Barnets mening vil imidlertid være ett av flere momenter som skal tas med i en helhetlig vurdering. Dette innebærer at barnets mening ikke nødvendigvis skal ha avgjørende betydning. Det kan være andre tungtveiende argumenter som nødvendiggjør en annen løsning.»⁷⁰

Disse uttalelsene gir et inntrykk av at barnets uttalelser ofte blir vektlagt i barnevernssaker. Senere års praksis og juridisk litteratur tegner imidlertid et annet bilde av dette. Når jeg under gjennomgår noe av denne praksisen og synspunkter i den juridiske litteraturen, vil jeg fokusere på hvordan barnets uttalelser er vektlagt. Jeg sikter med det til uttalelsenes vekt, ikke relevans, da jeg legger til grunn at barnets uttalelser vil være et relevant moment i vurderingen fra fylte syv år.

At barnets uttalelser har relevans kan illustreres med Høyesteretts ankeutvalgs beslutning i en sak inntatt i Rt. 2012 s. 900, der ankeutvalget vurderte oppheving av lagmannsrettens dom som følge av feil rettsanvendelse. Lagmannsretten hadde kommet til at avgjørelse etter barnevernloven § 4-21 annet ledd annet punktum kunne treffes uten å gi barnet anledning til å uttale seg. Ankeutvalget fant imidlertid ikke grunnlag for oppheving av dommen, da barnet faktisk hadde

⁶⁹ Ot.prp. nr. 45 (2002-2003) s. 32

⁷⁰ L.c.

fått uttale seg gjennom talsperson. At ankeutvalget anså det tilstrekkelig at barnet hadde blitt hørt gjennom talsperson er nærliggende å knytte opp mot prinsippet om barnets beste, der barnet ved uttalelse gjennom talsperson ble skånet mest mulig fra de påkjennelser en slik sak medfører for barnet. Ved at vilkåret anses oppfylt når barnet har fått uttale seg gjennom talsperson, legger dette til rette for at krav om tilbakeføring kan fremmes uten at barnet nødvendigvis må involveres i særlig grad, noe som langt på vei bøter på de negative konsekvensene gjentatte krav om tilbakeføring medfører for barnet.

Hva gjelder vekt og momenter i vurderingen skriver Sandberg i sin doktoravhandling at dersom det kan antas at barnets standpunkt er begrunnet i lojalitet, tillegges uttalelsene mindre vekt. Også dersom barnet stadig skifter mening, vil vekten av uttalelsene være begrenset. Også sakens argumenter ellers kan peke i retning av at barnets uttalelser tillegges begrenset vekt.⁷¹

Sandberg omtaler blant annet Rt. 1996 s. 1684, der flertallet kom til at tilbakeføring ikke skulle skje for to jenter på 15 og 13 ½ år. Mindretallet som kom til at det var grunnlag for tilbakeføring omtalte ikke barnas uttalelser, noe som kan tyde på at de ikke tillot deres uttalelser noen vekt av betydning.⁷² Samtidig må det påpekes at det fremgår av dommens side 1693 at barna hadde skiftet mening, slik at det var usikkert hva de egentlig ønsket.

Knut Lindboe konkluderer i en artikkel fra 2013⁷³ med at barnets syn sjelden eller aldri er noe premiss av betydning for resultatet, verken ved fylkesnemndsvedtak eller i dommer.⁷⁴

I LG-2015-51738, hadde barnet et sterkt ønske om å flytte hjem til den biologiske moren. Barnet var på daværende tidspunkt syv år gammelt. Retten uttalte at alderen sammenholdt med de utfordringene som barnet hadde vært utsatt for, pekte i retning av at hun i liten grad evnet å se hva som var til hennes eget beste. Selv om jeg for så vidt er enig med lagmannsretten i at uttalelsene fra et barn på syv år vanligvis ikke kan tillegges så stor vekt, synes lagmannsretten i dette tilfellet å legge til grunn at uttalelsene til barnet ikke skal tillegges vekt som følge av dets alder, noe som ikke kan sies å være i overenstemmelse med motivene til barnevernloven § 6-3 første ledd sammenholdt med barnekonvensjonen artikkel 12. Jeg sår ikke tvil om avgjørelsen som sådan, men finner rettens formulering noe uheldig sammenholdt med barnevernloven § 6-3.

⁷¹ Sandberg (2003) s. 267

⁷² Ibid. s. 266

⁷³ Lindboe (2013)

⁷⁴ Ibid. s. 81

Slik rettsbildet er i dag, er det vanskelig å kunne komme med noen konklusjon hva gjelder vekten av barnets uttalelser i barnevernssaker. Avgjørelsene gir et inntrykk av varierende vektlegging i de forskjellige sakene, der det er flere tilfeller av særlig tingrettsdommer der barnet ikke har fått anledning til å uttale seg på en tilstrekkelig måte⁷⁵. Videre er det vanskelig å si noe om hvordan barnets mening blir vektlagt opp mot andre momenter, da vektleggingen sjelden blir opplyst i domspremissene.

3.4 Den europeiske menneskerettskonvensjonen og barnekonvensjonen

Norge plikter å følge en rekke konvensjoner og traktater. Mens det i de fleste andre land er slik at disse får anvendelse direkte for landets borgere, har vi i Norge et system som kalles dualisme. Dette vil si at borgerne i utgangspunktet kun er bundet av de traktater og konvensjoner som er tatt inn som en del av norsk rett. Dette utgangspunktet blir modifisert av presumpsjonsprinsippet, som ble utledet av rettspraksis og nå er nedfelt i blant annet grunnloven § 92. Jeg nøyer meg her med å konstatere at både EMK og BK får anvendelse som norsk rett etter menneskerettsloven § 2 og at de ved motstrid er gitt forrang, jf. lovens § 3. Hvordan denne forrangsregelen stiller seg til *lex posterior* (nyere lovgivning) og *lex superior* (i praksis grunnloven) går jeg ikke inn på, men legger til grunn at Norges forpliktelser er eller tolkes i samsvar med annen norsk rett gjennom presumpsjonsprinsippet. I tillegg til EMK og BK, er det også flere andre konvensjoner som kan få betydning for spørsmålet om omsorgsovertakelse og tilbakeføring – blant annet FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter, FN-konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter og FNs kvinnekonvensjon,⁷⁶ men drøftelsen vil her bli avgrenset til å omfatte EMK og BK. I det følgende vil de norske oversettelsene av bestemmelsene bli brukt.

3.4.1 Den europeiske menneskerettskonvensjonen

Drøftelsen vil her konsentreres rundt den mest relevante artikkelen i EMK i tilknytning omsorgsovertakelse og tilbakeføring – artikkel 8 (retten til familieliv). Den norske oversettelsen av denne artikkelen lyder:

1. Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse.
2. Det skal ikke skje noe inngrep av offentlig myndighet i utøvelsen av denne rettighet unntatt når dette er i samsvar med loven og er nødvendig i et demokratisk samfunn av hensyn til den nasjonale sikkerhet, offentlige trygghet eller landets økonomiske velferd, for å forebygge uorden eller kriminalitet, for å beskytte helse eller moral, eller for å beskytte andres rettigheter og friheter.

⁷⁵ Eksempler på dette er Thaug-2015-3973 og Tstav-2013-149462

⁷⁶ Sandberg (2003) s. 148

Det første som kan legges til grunn er at familieforholdet ikke anses opphørt selv om det har skjedd en omsorgsovertakelse etter barnevernloven § 4-12.⁷⁷

Etter EMK artikkel 8 nr. 2 skal retten til familieliv etter bestemmelsens nr. 1 beskyttes, med mindre det er i samsvar med loven og nødvendig i et demokratisk samfunn⁷⁸ å gripe inn i denne retten. Formålet med inngrepet vil fra myndighetenes side ved omsorgsovertakelse være å beskytte barnet, og etter artikkel 8 skal det foretas en forholdsmessighetsvurdering mellom inngrepet og formålet.⁷⁹ Det innrømmes en skjønnsmargin til statene i denne vurderingen, en såkalt «margin of appreciation».⁸⁰ Vilkåret om at inngrepet fra myndighetene må være nødvendig i et demokratisk samfunn er todelt.⁸¹ For det første må inngrepet ha et legitimt formål. Et slik formål kan være beskyttelse av barnets rettigheter og friheter.⁸² For det andre må inngrepet være nødvendig. Når en ser dette vilkåret i sammenheng med praksis i norsk rett, vil man her kunne trekke inn blant annet spørsmålet om hjelpetiltak er tilstrekkelig. Dersom dette er tilfellet, vil nødvendighetskravet etter artikkel 8 ikke være oppfylt. Denne vurderingen vil få anvendelse ved både omsorgsovertakelse og ved spørsmål om tilbakeføring.

Når det gjelder kravet om lovhjemmel, stiller EMK krav til lovens kvalitet ved at «[l]ovens formulering må være tilstrekkelig presis til at individet i tilfredsstillende grad kan forutberegne sin rettsstilling og innrette sine handlinger deretter (om nødvendig med rådgivning).»⁸³

EMK tolkes dynamisk av EMD i den forstand at den tolkes i samsvar med nåtidens samfunn og verdier. For å fastslå om Norge oppfyller de forpliktelser som er påtatt etter konvensjonen, blir det dermed nødvendig å se på hvordan EMD har tolket bestemmelsen de senere årene.

EMD har kun ved ett tilfelle overprøvd et norsk vedtak om omsorgsovertakelse.⁸⁴ Dette skjedde i Adele-saken,⁸⁵ der domstolen kom frem til at vedtaket om omsorgsovertakelsen og nektelsen av å oppheve denne ikke innebar et brudd på EMK artikkel 8. Førstvoterende fremhevet imidlertid i avsnitt 78 at omsorgsovertakelse normalt må anses som et midlertidig tiltak, der det må

⁷⁷ Ibid. s. 151

⁷⁸ Original tekst: «necessary in a democratic society»

⁷⁹ Sandberg (2003) s. 152

⁸⁰ Johansen v. Norway

⁸¹ Bendiksen (2015) s. 48

⁸² L.c.

⁸³ Loftsgaard (2002) s. 79

⁸⁴ NOU 2012: 5 s. 78

⁸⁵ Johansen v. Norway

være et mål å gjenforene barnet med foreldrene når omstendighetene tillater dette. Omsorgsovertakelse med sikte på adopsjon er ifølge domstolen kun tillatt der dette er klart til det beste for barnet.⁸⁶ Norge ble av den grunn dømt for brudd på EMK artikkel 8 som følge av fratakelsen av foreldreansvaret og besøksretten med sikte på adopsjon.

På tross av at EMD ikke tidligere har dømt Norge for brudd på EMK relatert til vedtak om omsorgsovertakelse eller tilbakeføring, vil ikke dette nødvendigvis si at norsk rett er i samsvar med EMK på dette området. Norge er forpliktet til å følge EMK i samsvar med EMDs dynamiske tolkning av konvensjonen, noe som gjør at også avgjørelser som domstolen har fattet mot andre medlemsland er av betydning.

I avgjørelsen *Olsson mot Sverige*⁸⁷ kom domstolen til at selve vedtaket om omsorgsovertakelse og prosedyren rundt vedtaket ikke representerte et brudd på EMK artikkel 8. Sverige ble imidlertid dømt for brudd på artikkel 8 hva gjaldt gjennomføringen av omsorgsovertakelsen. Barna ble splittet og plassert i fosterhjem og institusjoner langt fra hverandre. I tillegg var disse plasseringene langt unna foreldrenes bosted. Som følge av at omsorgsovertakelsen var et midlertidig vedtak, fant domstolen at avgjørelsen om å plassere barna langt fra hverandre og foreldrene motvirket målet om tilbakeføring.⁸⁸

Plassering langt fra foreldrenes bosted er vanlig praksis i Norge og barna blir ofte plassert i forskjellige fosterhjem på forskjellige steder.⁸⁹ I den utstrekning man fortsatt kan si at avgjørelsen i *Olsson-saken* som ble avsagt i 1988 fortsatt er gjeldende rett, vil mange av plasseringene som foretas i praksis kunne være i strid med EMK artikkel 8. I *Olsson-saken* begrunnet myndighetene fosterhjemsplasseringene med administrative utfordringer,⁹⁰ noe som også trolig gjenspeiler årsaken til at søsken plasseres på forskjellige steder i Norge. Slike administrative utfordringer vil slik jeg ser det typisk forekomme ved at det ikke er egnede fosterhjem i nærområdet, og at hovedvekten av de fosterhjem som er tilgjengelig kun tar imot et barn.

Mye tyder på at norsk praksis likner mye på den praksisen som var i Sverige og som Sverige ble dømt for i *Olsson-saken*. Saken er imidlertid fra 1980-tallet, og EMDs dynamiske tolkningsstil gjør dermed at det er fullt mulig at praksisen ikke er i strid med EMDs oppfatning av

⁸⁶ Ibid. avsnitt 78: «...Such measures should only be applied in exceptional circumstances and could only be justified if they were motivated by an overriding requirement pertaining to the child's best interests[...]»

⁸⁷ *Olsson v. Sweden*

⁸⁸ Ibid. avsnitt 81

⁸⁹ Til illustrering, se: LB-2014-178134, LG-2014-20319(gjaldt tvillinger) og LA-2013-170385

⁹⁰ *Olsson v. Sweden*, avsnitt 82

problemstillingen i dag. I tillegg til dette er det klart at det i noen saker vil kunne være sterke argumenter for å plassere barna langt unna foreldrene. Dette særlig om det er nærliggende at foreldrene vil forsøke å ta kontakt med barna utenom de fastsatte samværene, men også der det er en fare for at foreldrene vil kunne bortføre barna. Sistnevnte er det en rekke eksempler på at faktisk har skjedd, senest 12. november 2015.⁹¹ At barna var plassert i en annen landsdel enn de biologiske foreldrene var imidlertid ikke til hinder for at foreldrene evnet å bortføre de to barna.

Samværets omfang er av betydning også i tilbakeføringssaker, da samværet bidrar til å skape eller opprettholde den nødvendige tilknytningen til foreldrene som er nødvendig for å legge til rette for en eventuell tilbakeføring. Desto mindre samvær det er mellom barnet og de biologiske foreldrene, desto større er risikoen for at barnet får en slik tilknytning til miljøet og personer der det er at en tilbakeføring må nektes etter barnevernloven § 4-21 første ledd annet punktum. Et svært begrenset samværsomfang vil også kunne medføre en større risiko for at det oppstår problemer ved tilbakeføring – problemer foreldrene ikke nødvendigvis vil være i stand til å håndtere. Sterke begrensninger i samværet mellom de biologiske foreldrene og barnet vil dermed kunne avskjære muligheten for tilbakeføring etter § 4-21.

I K. og T. mot Finland⁹² kom domstolen til at månedlige samvær på tre timer mellom foreldrene og barnet motvirket målet om tilbakeføring og dermed var i strid med EMK artikkel 8.⁹³ Sandberg skriver om dette i sin avhandling at «et samværsomfang som i K. og T. mot Finland ikke nødvendigvis ville hindre tilbakeføring etter norsk rett, ettersom månedlig samvær hos oss ikke anses som spesielt lite ved en langvarig plassering.»⁹⁴

Høyesterett har ikke avsagt mange dommer vedrørende samvær mellom foreldre og barn under barneverntjenestens omsorg, men i Rt. 2006 s. 1672 kom Høyesterett frem til at det ikke var grunnlag for å endre omfanget av samværet som fylkesnemnda hadde fastsatt på seks timer, seks ganger i året for hver av foreldrene.

I Rt. 2012 s. 1832 kom imidlertid Høyesterett til at et samvær på to timer to ganger i året for faren og tre timer fire ganger i året for moren var tilstrekkelig og uttalte i avsnitt 38 at det «sjelden vil være grunnlag for å doble det totale antallet samvær som følge av separate krav fra

⁹¹ TV2 (2015)

⁹² K. and T. v. Finland

⁹³ Ibid. avsnitt 179

⁹⁴ Sandberg (2003) s. 298

foreldrene.» Dette under henvisning til barnets beste. I forhold til EMK artikkel 8 nøyde først-voterende seg i avsnitt 32 med å slå fast at norsk intern rett er i samsvar med internasjonale forpliktelser på området.

Høyesterett har dermed godtatt langt lavere samværsomfang enn det EMD uttalte at var i strid med EMK artikkel 8 i K. og T. mot Finland.

Av lagmannsrettsavgjørelser er flere eksempler på dommer der samværsomfanget er langt lavere enn det som tilsynelatende aksepteres etter EMK artikkel 8. I LG-2014-198228 kom retten frem til et samvær på tre samvær på tre timer i året per forelder, mens samværet i LB-2014-153189 ble utvidet til seks samvær á fire timer i året. I LB-2014-178134 varierte samværene som ble gitt. For ett av barna ble det gitt to samvær i året á to timer, mens det for et annet ble gitt tre samvær årlig á tre timer. Alle disse avgjørelsene ble avsagt etter avgjørelsen i Rt. 2012 s. 1832.

Avhandlingen til Sandberg ble utgitt før Høyesterett avsa dom i både Rt. 2006 s. 1672 og Rt. 2012 s. 1832. Sandberg fremhever likevel et argument som også i dag er relevant, med at hun skriver at den kraftige begrensningen i samværsomfanget må for å være i samsvar med EMD være begrunnet i at «gjenforening vil være til skade for barnet.»⁹⁵ Både i Rt. 2006 s. 1672 og i Rt. 2012 s. 1832 må dette sies å ha vært tilfellet. Det var i disse sakene liten tvil om at omsorgsovertakelsene ville være langvarige.

3.4.2 Barnekonvensjonen

I Sandbergs doktoravhandling fremheves særlig tre artikler fra barnekonvensjonen som er relevante i forhold til omsorgsovertakelse og tilbakeføring.⁹⁶ Disse er artikkel 3(nr. 2), artikkel 9(nr. 1) og artikkel 19(nr. 1).

Artikkel 3 nr. 2 omhandler den alminnelige omsorgsplikten og lyder:

2. Partene påtar seg å sikre barnet den beskyttelse og omsorg som er nødvendig for barnets trivsel, idet det tas hensyn til rettighetene og forpliktelsene til barnets foreldre, verger eller andre enkeltpersoner som har det juridiske ansvaret for ham eller henne, og skal treffe alle egnede, lovgivningsmessige og administrative tiltak for dette formål.

Som Sandberg fremhever kan artikkel 19 ses som en videre spesifisering av denne omsorgsplikten. Nr. 1 lyder:

⁹⁵ Sandberg (2003) s. 299

⁹⁶ Ibid. s. 169

1. Partene skal treffe alle egnede lovgivningsmessige, administrative, sosiale og opplæringsmessige tiltak for å beskytte barnet mot alle former for fysisk eller psykisk vold, skade eller misbruk, vanskjøtsel eller forsømmelig behandling, mishandling eller utnytting, herunder seksuelt misbruk, mens en eller begge foreldre, verge(r) eller eventuell annen person har omsorgen for barnet.

Artikkel 9 nummer 1 fremhever at omsorgsovertakelse kan være et av tiltakene som kan foretas for å sikre barnets beste og inneholder også en eksempler på noen av tilfellene der dette kan være aktuelt. Den lyder:

1. Partene skal sikre at et barn ikke blir skilt fra sine foreldre mot deres vilje, unntatt når kompetente myndigheter, som er underlagt rettslig prøving, i samsvar med gjeldende lover og saksbehandlingsregler, beslutter at slik atskillelse er nødvendig av hensyn til barnets beste. Slik beslutning kan være nødvendig i særlige tilfeller som f.eks. ved foreldres mishandling eller vanskjøtsel av barnet, eller dersom foreldrene lever atskilt og det må treffes en avgjørelse om hvor barnet skal bo.

Hovedregelen etter artikkel 9 nummer 1 er som det fremgår av ordlyden at barnet ikke skal skilles fra sine foreldre mot deres vilje. «[m]ot deres vilje» sikter både til foreldrenes og barnets vilje.⁹⁷ Dersom omsorgsovertakelse skal skje, må dette foregå ved at de som er gitt kompetanse til dette må følge lover (i vid forstand) og saksbehandlingsregler på det aktuelle området. I tillegg til dette skal slike spørsmål være underlagt rettslig prøving.

Artikkel 9 nummer 1 sier ikke noe om foreldrenes rett til å kreve tilbakeføring og får etter ordlyden kun anvendelse ved spørsmål om omsorgsovertakelse. Ved at bestemmelsen fremhever at omsorgsovertakelse kun er aktuelt i de tilfellene der det er *nødvendig* av hensyn til barnets beste, kan det likevel argumenteres for at den også kan få anvendelse ved spørsmål om tilbakeføring. Det kan da argumenteres for at dersom omsorgsovertakelsen ikke lenger er *nødvendig* av hensyn til barnets beste, vil vilkåret for omsorgsovertakelsen opphøre. Hvorvidt tilbakeføring dermed må finne sted som en følge av at nødvendighetsvilkåret ikke lenger er oppfylt eller om det også ved en tilbakeføring skal skje en barnets beste-vurdering, blir deretter nok et tolkningsspørsmål. Det kan argumenteres i begge retninger, men slik jeg ser det er barnets beste et overordnet hensyn og mål i barnekonvensjonen, noe som gjør at dette hensynet skal være overordnet i tolkningen av konvensjonen.

⁹⁷ Lassen (2008) s. 136

Slik jeg vurderer det kan det vanskelig sies at Norge bryter med barnekonvensjonen i tilbakeføringssaker etter barnevernloven § 4-21.

3.5 Bruken av prinsippene i praksis

Som vi har sett over, varierer det hvor tydelig hvert enkelt prinsipp kommer frem i både lovtekst, forarbeider og rettspraksis. Gjennomgående er det imidlertid tydelig at barnets beste får stor plass i rettskildene, og må etter gjeldende rett også sies å være det overordnede prinsipp i barnevernretten.⁹⁸ Dette stadfester også barnevernloven § 4-1. Ettersom prinsippet om utviklingsfremmende tilknytning ikke ennå kan anses som gjeldende rett, vil dette prinsippet ikke bli nærmere vurdert her.

I Norge har det historisk sett vært tre viktige prinsipper som har vært utgangspunktet i barneverntjenestens arbeid: Barnets beste, det biologiske prinsipp og det mildeste inngreps prinsipp.⁹⁹ De senere år har det imidlertid blitt stilt spørsmålstegn ved om prinsippet om barnets beste har gått i retning av å overskygge de øvrige prinsippene, og at det biologiske prinsippet i sin historiske betydning står for fall. Mye tyder på at dette er et av spørsmålene som nærmer seg en avklaring i forbindelse med gjennomgangen som nå foregår av dagens barnevernlov.¹⁰⁰ Det vil likevel her bli forsøkt å komme frem til en avklaring på hvordan de ulike prinsippene blir brukt og hvordan de blir vektlagt i de konkrete sakene. Hvorvidt rettspraksis kan anses å være konsekvent vil vanskelig la seg avgjøre, da alle saker har individuelle forskjeller som gjør at tilsynelatende like saker kan få forskjellige utfall. Det lar seg heller ikke gjøre å avgjøre om prinsippene blir vektlagt likt i like saker, da det som nevnt vil være omstendigheter som gjør at ingen saker er helt like.

3.5.1 Harmonisering mellom de ulike prinsippene?

I kapitlene over har jeg gjennomgått en rekke rettsavgjørelser og forarbeider. Det klare utgangspunkt er som beskrevet der prinsippet om barnets beste. Dette prinsippet kommer til uttrykk i nær sagt alle saker og er også det eneste av prinsippene som eksplisitt er hjemlet i barnevernloven. Spørsmålet blir så om man kan si at dette prinsippet strider mot de øvrige prinsippene, eller om det også er mulig å oppnå harmoni med de andre prinsippene. I det følgende vil barnets beste bli brukt som utgangspunkt.

En oppfatning er at det biologiske prinsipp og prinsippet om barnets beste er motstridende prinsipper, der det ene må vike for det andre. Det kan imidlertid også argumenteres for at barnets

⁹⁸ Prop. 106 L (2012-2013) s. 82

⁹⁹ Ibid. s. 81

¹⁰⁰ Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet (2014b)

beste i mange tilfeller også er i samsvar med det biologiske prinsipp. Som argumentert for tidligere, er det en verdi i seg selv å få vokse opp med de biologiske foreldrene. Dette kan følge av det biologiske bånd i seg selv, eller den relasjon som barnet har knyttet til de biologiske foreldrene. I en slik situasjon vil barnets beste kunne være at det blir foretatt en tilbakeføring og vil da være i samsvar med det biologiske prinsipp. Om en så trekker inn det minste inngreps prinsipp, vil dette også trekke i retning av at tilbakeføring skal skje. I noen saker vil en harmonisering av de forskjellige prinsippene dermed være mulig. Disse sakene kommer normalt ikke inn for de alminnelige domstolene, da barneverntjenesten ofte legger ned påstand i tråd med foreldrenes påstand. Disse ender dermed normalt i fylkesnemnda ved forenklet behandling, noe som til illustrasjon skjedde i 6 av 19 saker behandlet av fylkesnemnda i Oslo og Akershus i 2008.¹⁰¹

I tilbakeføringssaker som prøves for domstolene vil prinsippene normalt ikke harmonere. Majoriteten av saker etter § 4-21 som kommer opp for de alminnelige domstoler er krav fra foreldrene om at tilbakeføring skal skje. I slike saker hevder som oftest barneverntjenesten at det er til barnets beste at omsorgsovertakelsen ikke opphører, mens foreldrene hevder det motsatte. I slike tilfeller vil alltid det biologiske prinsipp og det mildeste inngreps prinsipp tale for tilbakeføring, mens legalitetsprinsippet og prinsippet om barnets beste vil kunne gå begge veier. Normalt vil begge parter argumentere for at barnets beste er at saken avgjøres i deres favør.

I LH-2013-137283 hadde både barneverntjenesten og de biologiske foreldrene lagt ned påstand om oppheving av omsorgsovertakelsen. Begge partene hadde argumentert for at både barnets beste og det biologiske prinsipp pekte i retning av at tilbakeføring skulle skje. Lagmannsretten nevnte ikke det biologiske prinsipp til tross for partenes anførsler, men kom under tvil til at tilbakeføring skulle skje – dette kun under henvisning til barnets beste.

I LB-2005-137154 prosederte den biologiske moren for at barnet skulle tilbakeføres, blant annet med henvisning til det biologiske prinsipp. Kommunen på den andre siden, anførte at det biologiske prinsipp kunne opprettholdes ved samvær mellom barnet og foreldrene og at det var til barnets beste at omsorgsovertakelsen ble opprettholdt. Lagmannsretten fokuserte hovedsakelig på det biologiske prinsipp og nevnte ikke eksplisitt prinsippet om barnets beste. Slik dommen fremstår utad, var det biologiske prinsipp avgjørende for vurderingen, men avgjørelsen kan også tolkes i retning av at momentene og prinsippene som ble vektlagt også var i samsvar med hva som var til barnets beste. Retten kom til at barnet skulle tilbakeføres.

¹⁰¹ Ot.prp. nr. 69 (2008-2009) s. 24

I LF-2013-144225 kom lagmannsretten til at tilbakeføring ikke skulle skje som følge av guttens tilknytning til fosterforeldrene. Om forholdet mellom det biologiske prinsipp og barnets beste uttalte retten:

«Utgangspunktet er at barn skal vokse opp hos sine foreldre - også i de tilfeller hvor et barn i en tid har vært plassert utenfor hjemmet. Dersom foreldrene kan gi barnet forsvarlig omsorg, skal et vedtak om omsorgsovertakelse oppheves. Dette utgangspunktet begrenses imidlertid av hensynet til barnets beste.»

Til tross for at både fylkesnemnda og tingretten hadde kommet til at også adopsjon var til barnets beste, kom lagmannsretten til at dette kravet ikke skulle tas til følge. Retten la vekt på at det hadde vært en ulempe for barnet som var filippinsk å bli avskåret fra foreldrene, da dette ville medføre tap av slektsbåndet til den filippinske kulturen. I tillegg forelå ingen omstendigheter som pekte i retning av at de biologiske foreldrene manglet omsorgsevne.

I denne saken hindret dermed barnets beste en tilbakeføring, mens det biologiske prinsipp sammenholdt med barnets beste ble gitt avgjørende vekt ved spørsmålet om adopsjon. Adopsjon anses å være en varig løsning som er langt mer inngripende enn omsorgsovertakelse, noe som trolig var avgjørende for hvorfor retten ikke tok dette kravet til følge.

3.5.2 Varierer vektleggingen av prinsippene fra sak til sak?

Som illustrert vil prinsippene kunne tillegges forskjellig vekt i de ulike sakene. For å komme frem til et resultat som fremstår som riktig og forsvarlig er dette helt nødvendig. Ingen barn er like, selv om det kan gis inntrykk av dette når en sammenlikner noen tilsynelatende identiske saker. Dommerne må ved hjelp av sakkyndige analysere hvert enkelt barn i hver enkelt sak for å danne et bilde av dette barnets sterke og svake sider som kan innvirke på tilbakeføringsspørsmålet. Det lar seg ikke gjøre å sette opp en fullstendig liste over alle momentene som en må se på for å vurdere hvordan barnet kommer til å takle en tilbakeføring, og når en i tillegg må analysere hver enkelt foreldre for å se på hvordan det enkelte barn vil takle en tilbakeføring til den enkelte forelder blir bildet enda mer kompleks. Om ikke det er nok, må en i tillegg se på hvordan den enkelte forelder vil takle å få barnet tilbakeført. Alle disse sidene av saken vil medføre at vekten av de forskjellige prinsippene nødvendigvis må variere fra en sak til en annen, og fra et barn til et annet i den enkelte sak. I en konkret sak om tilbakeføring vil resultatet dermed kunne bli at foreldrene vil få medhold i krav om tilbakeføring for det ene barnet, mens omsorgsovertakelsen vil bli opprettholdt for det andre.

På grunnlag av rettsavgjørelsene som er gjennomgått hittil, kan det konkluderes med at barnets beste kan sies å ha vært avgjørende i samtlige saker, mens det biologiske prinsipp og det mildeste inngreps prinsipp kun har blitt anvendt som nær sagt et støttemoment i de tilfeller der retten har kommet til at omsorgsovertakelsen skal opphøre.

Noe som synes oversett i mange saker er at hensynet til barnets beste ikke innebærer at tilbakeføring er avskåret om det viser seg at nåværende omsorgspersoner vil være i stand til å yte bedre omsorg enn de biologiske foreldrene. Barnevernloven § 4-21 oppstiller ikke et vilkår om at de biologiske foreldrene skal være i stand til å gi en bedre omsorg enn den omsorg som barnet har blitt gitt etter omsorgsovertakelsen, men et vilkår om *forsvarlig omsorg*. Dersom dette er tilfellet, og dersom bestemmelsens første ledd annet punktum ikke er til hinder for tilbakeføring, er utgangspunktet at det er en plikt til å oppheve omsorgsovertakelsen, jf. *skal* i første ledd første punktum. En barnets beste-vurdering er allerede tatt inn i § 4-21, ved at første ledd annet punktum gir en plikt til å opprettholde omsorgsovertakelsen der tilbakeføringen kan medføre *alvorlige problemer*. Den vurderingen som foretas etter første ledd annet punktum vil naturligvis inneholde noe av de samme momentene som § 4-1, men kun for å fastslå om barnets tilknytning vil kunne føre til *alvorlige problemer* for barnet å bli tilbakeført. Ettersom § 4-21 er en pliktregel (jf. *skal* i første ledd første punktum), plikter fylkesnemnda derfor å oppheve omsorgsvedtaket dersom vilkårene etter bestemmelsens første ledd er til stede. Om vilkårene etter første ledd er oppfylt, kan tilbakeføring med andre ord ikke nektes under henvisning til at fortsatt omsorgsovertakelse er til barnets beste etter § 4-1.¹⁰²

I motsatt tilfelle kan vedtaket om omsorgsovertakelse ikke oppheves dersom første ledd annet punktum er til hinder for dette (jf. «*skal likevel ikke*»). *Forsvarlig omsorg*-vurderingen inneholder på den andre siden ikke en slik opphevelsesnekt om vilkåret ikke er oppfylt. Dette muliggjør tilbakeføring i de tilfeller der det ikke er *overveiende sannsynlig* at foreldrene kan yte *forsvarlig omsorg* i de tilfeller der tilbakeføring likevel er til barnets beste etter § 4-1. Vilkåret i § 4-21 første ledd annet punktum må imidlertid ikke være til hinder for tilbakeføring.

4 Rettssikkerhetshensyn og barnevernet internasjonalt

I dette siste kapittelet vil oppgavens fokus skifte fra hva en kan kalle et *law in books*-perspektiv til et mer drøftende og vurderende fokus på *law in action*. Jeg vil først ta for meg hvordan avveiningen mellom rettssikkerhetshensyn og barnets beste som en følge av lovens generelle utforming kan føre til at denne avveiningen i noen tilfeller kan slå uheldig ut for enten barnet eller foreldrene. Deretter drøftes hvordan habiliteten til de sakkyndige og kvaliteten til advokatene i barnevernssaker kan motvirke rettssikkerhetshensynet, noe som i verste fall kan medføre at sakens utfall ikke er i overenstemmelse med lovgivers intensjoner.

¹⁰² Bendiksen (2015) s. 256

Foruten dette vil jeg se på hvordan barnevernssaker blir behandlet i USA og England. Årsaken til at jeg her har valgt USA og England er at de har en annen tilnærming når det gjelder varigheten av omsorgsovertakelse enn det vi finner i Norge og de andre nordiske landene. Fremstillingen er ment som en kort illustrasjon på en alternativ tilnærming til spørsmålet om omsorgsovertakelse og er på ingen måte tiltenkt å være en utfyllende redegjørelse for gjeldende rett i disse landene.

4.1 Rettssikkerhetshensyn på bekostning av barnet?

Omsorgsovertakelse er et av de mest inngripende tiltak som en familie kan bli utsatt for i Norge. Det å bli fratatt et barn med begrunnelsen at en ikke er egnet til å yte tilfredsstillende omsorg for sitt eget barn må dermed naturligvis kunne overprøves. Spørsmålet er om adgangen til å kreve tilbakeføring dermed er vid nok, og om adgangen er så vid at den går på bekostning av barnets mulighet til å få en god og trygg oppvekst.

4.1.1 Påkjenningen for barnet

Når det har blitt fattet endelig vedtak om omsorgsovertakelse er det viktig at barnet får ro og stabilitet for å kunne fremme en normal utvikling. Det vil da være en påkjenning for barnet om foreldrene til stadighet fremmer krav om tilbakeføring.

Slik § 4-21 er oppbygd, kan foreldrene per i dag som en hovedregel *kreve* tilbakeføring etter § 4-21 tidligst 12 måneder etter at saken sist har blitt behandlet i fylkesnemnda eller domstolene. Sett fra foreldrenes ståsted vil dette kunne oppleves belastende. Særlig dersom de selv mener å ha endret seg i retning av at de nå er i stand til å yte *forsvarlig omsorg* for barnet, vil det være vanskelig å slå seg til ro mens barnet deres blir stadig mer tilknyttet til en ny familie. På den andre siden er ikke bestemmelsen til hinder for at fylkesnemnda *kan* behandle saken på nytt. Dette forekommer ofte i saker der det er enighet om at foreldrene igjen vil fungere som gode omsorgspersoner.

Sett fra barnets side vil saken stille seg annerledes. Noen barn har et ønske om å bli gjenforent med sine foreldre, og i slike tilfeller kan det være vanskelig å akseptere at foreldrene ikke kan få saken prøvd før det har gått 12 måneder. På den andre siden kan barnet ha så traumatiske opplevelser fra tiden med foreldrene at det klart beste vil være om det får ro i dets nåværende omgivelser for å være i stand til å få en normal utvikling. Dette er ofte tilfellet, noe som gjør at det tidligere har vært fremmet forslag om en økning av minstetiden for når foreldrene kan kreve ny behandling til 24 måneder. Dette forslaget ble imidlertid ikke vedtatt. Det er vanskelig å skåne barnet fra den prosessen som settes i gang ved krav om tilbakeføring. Ettersom barnet fra det er syv år gammelt har en rett til å bli hørt, jf. § 6-3, kan det selv ved de tilfeller der det er åpenbart at omsorgsovertakelsen må opprettholdes være vanskelig å skjerme barnet.

Som illustrert, kan det være tilfeller der adgangen til å kreve tilbakeføring skulle vært skjerpet inn, men også tilfeller der den allerede begrensede adgangen med fordel skulle ha blitt myket opp.

Unntaket fra hovedregelen i § 4-21 annet ledd første punktum om at foreldrene kan kreve tilbakeføring etter 12 måneder er i de sakene der tidligere krav har blitt avvist med henvisning til bestemmelsens første ledd annet punktum. I slike situasjoner vil barnet allerede ha knyttet et så sterkt bånd til sitt nåværende miljø at et krav om tilbakeføring normalt vil oppleves som enda mer belastende. I tillegg til de eventuelle traumatiske opplevelser som barnet kan ha opplevd under foreldrenes omsorg, vil frykten for å måtte bryte med nåværende miljø her oppleves som en tilleggsbelastning for barnet. Lovgiver har derfor i disse situasjonene valgt tone ned rettssikkerhetshensynet til fordel for barnets beste. Samtidig kan det argumenteres for at rettssikkerhetshensynet i disse sakene ikke lenger er like relevant, da det i de fleste av disse sakene er åpenlagt at krav om tilbakeføring ikke kan tas til følge. Foreldrene på den andre siden kan oppleve dette som et myndighetsovergrep, særlig dersom det er åpenbart at de nå har en god omsorgsevne.

Slik jeg ser det vil rettssikkerhetshensyn ofte kunne gå på bekostning av hva som er til barnets beste i § 4-21-saker. Sakene er ofte omfattende og det tar ofte lang tid fra det fremmes krav og inntil endelig avgjørelse i form av fylkesnemndsvedtak eller dom foreligger. At hovedregelen da tar sikte på at foreldrene igjen kan fremme krav om tilbakeføring etter 12 måneder gir lite tid til å skape ro rundt barnet. Samtidig ser jeg behovet for prøvelsesretten, og ser utfordringene som lovgiver har stått ovenfor ved avveiningen mellom de to hensynene. Ved at loven er utformet generelt for å få anvendelse i alle tilbakeføringssaker, vil det være uunngåelig at balansen mellom disse to hensynene vil kunne slå feil inn i noen saker.

4.1.2 Siling av saker

Twisteloven § 36-10 tredje ledd gjelder anke til lagmannsretten over tingrettens avgjørelser i barnevernssaker. Oppgaven avgrenses mot anke til Høyesterett. Twisteloven § 36-10 tredje ledd lyder som følger:

- (3) Anke over tingrettens dom i sak om fylkesnemndas vedtak etter lov om barneverntjenester kan ikke fremmes uten lagmannsrettens samtykke. Samtykke kan bare gis når
 - a) anken gjelder spørsmål som har betydning utenfor den foreliggende sak,
 - b) det er grunn til å behandle saken på ny fordi det er framkommet nye opplysninger,
 - c) det er vesentlige svakheter ved tingrettens avgjørelse eller saksbehandling, eller
 - d) dommen går ut på tvang som ikke er vedtatt av fylkesnemnda.

Høyesterett uttalte i Rt. 2010 s. 274 i avsnitt 51 at det er en klar forutsetning fra lovgivers side at barnevernssaker ikke skal behandles i lagmannsretten, noe som er begrunnet i ønsket om å unngå den usikkerhet som langvarige prosesser innebærer for barnet.¹⁰³

I Rt. 2009 s. 222 uttalte Høyesterett i avsnitt 19 at ankende part ikke har krav på at anken fremmes om et av vilkårene i § 36-10 tredje ledd er til stede; det skal i tillegg til dette foretas en skjønnsmessig vurdering av om anken bør ankebehandles.

Som uttalelsene fra Høyesterett viser, er det med andre ord den klare hovedregel at barnevernssaker ikke skal behandles av lagmannsretten. Unntakene er ved spørsmål som har betydning utenfor den foreliggende saken(bokstav a), nye bevis eller nytt faktum(bokstav b), saksbehandlingsfeil og andre feil ved tingrettens avgjørelser(bokstav c) eller i tilfeller der tingretten har tatt stilling til nye krav(bokstav d). Som nevnt i avsnittet over, har partene selv i disse sakene ikke noe krav på å få behandlet saken for lagmannsretten; «retten skal etter en samlet skjønnsmessig vurdering ta stilling til om anken bør ankebehandles», jf. Rt. 2009 s. 222 avsnitt 19. Avgjørende ved denne skjønnsutøvelsen er om det er sannsynlig om anken vil gi et annet resultat.¹⁰⁴

Denne ankebegrensingen er som nevnt begrunnet i barnets beste. Selv om det nok vil være tyngende for foreldrene at deres anke til lagmannsretten forkastes, vil rettssikkerhetshensynet for deres del bli ivaretatt med adgangen til å kreve ny behandling etter § 4-21 når vilkårene for en slik ny behandling er til stede.

4.2 Habilitet og kvalitet i barnevernssaker

Jeg vil her se på habiliteten til de sakkyndige som avgir rapporter og kommer med uttalelser i barnevernssakene, i tillegg til å se på kvaliteten på advokatene som representerer de private i barnevernssaker. Selv om jeg hovedsakelig tar sikte på å se på saker som gjelder krav om tilbakeføring, vil dette gjelde i barnevernssaker generelt, da det normalt vil være de samme sakkyndige og de samme advokatene som er involvert i disse sakene. Fremstillingen vil konsentreres rundt oppfatninger som eksisterer i noen miljøer eller hos noen enkeltpersoner og representerer ikke nødvendigvis egne oppfatninger på dette området.

4.2.1 Habiliteten hos sakkyndige

Habiliteten til de sakkyndige i barnevernssaker har i lengre tid vært et tema for debatt. Jeg vil her se på noe av kritikken som har vært reist rundt dette temaet, men debatten vil ikke bli gjennomgått i sin helhet. Jeg vil dermed konsentrere meg om noen sentrale problemstillinger og

¹⁰³ Gjengitt i Lindboe (2012b) s. 67

¹⁰⁴ Lindboe (2012a) s. 217

noen uttalelser som har vært gitt i tilknytning til disse problemstillingene, uten at uttalelsene nødvendigvis kommer fra personer som har vært sentrale i denne debatten. Samtidig er det verdt å nevne at NRK som har innhentet disse uttalelsene fra de aktuelle personene, ikke nødvendigvis har gjengitt disse uttalelsene ordrett og kan ha utelatt uttalelser av betydning for tolkningen.

Når krav om tilbakeføring behandles for fylkesnemnda og de alminnelige domstoler, oppnevnes det normalt sakkyndige for å vurdere foreldrenes omsorgsevne og barnets situasjon. Ofte er det de samme sakkyndige som barneverntjenesten oppnevner, og noen har dermed stilt spørsmål ved om de er i stand til å opptre objektivt, eller om de i realiteten – enten bevisst eller ubevisst – avgir rapporter som for ofte er i samsvar med barneverntjenestens syn.

Kapittel 2 i forvaltningsloven om habilitet gjelder for oppnevnte sakkyndige i barnevernssaker. Lovens § 6 inneholder både absolutte og relative habilitetskrav og får etter helsepersonelloven § 15 første ledd anvendelse for «[d]en som utsteder attest, erklæring o.l.» Etter § 15 første ledd siste punktum skal helsepersonell som er inhabile etter forvaltningsloven § 6 «ikke utstede attest, erklæring o.l.»

Etter forvaltningsloven § 6 annet ledd skal det ved habilitetsvurderingen blant annet «legges vekt på om avgjørelsen i saken kan innebære særlig fordel, tap eller ulempe for ham selv eller noen som han har nær personlig tilknytning til.» Det har blitt hevdet at slik oppnevningen fungerer i dag, vil barneverntjenesten ofte velge de sakkyndige som oftest deler deres syn, noe som igjen kan påvirke de sakkyndiges evne til å foreta korrekte vurderinger. Om en knytter dette opp mot forvaltningsloven § 6 annet ledd kan det argumenteres for at de sakkyndige vil oppnå en særlig fordel om de avgir rapporter i samsvar med barneverntjenestens ønsker – i form av flere oppdrag, mens det kan medføre tap eller ulempe om de avgir rapporter i strid med barneverntjenestens vurderinger – i form av et mindre antall oppdrag for barneverntjenesten i ettertid.

Når barnevernssakene behandles i tingretten, blir retten satt med meddommere hvorav én eller to av meddommerne er fagkyndige, jf. tvisteloven § 36-4 første ledd. Domstollovens habilitetsregler i kapittel 6 kommer da til anvendelse, jf. lovens § 52. Disse meddommerne har ofte også en tilknytning til barneverntjenesten i form av å fungere som sakkyndige i andre saker. Professor i barnepsykologi, Willy-Tore Mørch, har tidligere uttalt at han mener disse dobbeltbindingene går ut over folks tillit til beslutningene.¹⁰⁵ Han er derfor av den oppfatning at man ikke bør blande disse rollene, og at disse rollene bør rendyrkes helt.

¹⁰⁵ Norsk Rikskringkasting (2014)

Hvorvidt de sakkyndige faktisk lar seg påvirke av de ulike rollene og forskjellige oppdragsgiverne de har, kan diskuteres, men slik praksis er i dag vil særlig den private part i barneverns-sakene ofte kunne oppleve at de sakkyndige er påvirket av deres oppdragsgivere. Jussprofessor Hans Petter Graver uttalte følgende til NRK om dette:

«Skjulte bindinger svekker tilliten til beslutningene, mens åpenhet skaper tillit. – Tillit til at avgjørelser treffes av personer som er uhildede og kvalifiserte, og ikke har egne personlige interesser inne i bildet. De skal ikke tenke på hvordan de selv best kommer ut av et oppdrag eller behandlingen av en sak».¹⁰⁶

Graver uttalte at de sakkyndige bør avgi egenerklæring om alle sine oppdrag og oppdragsgivere siste 2 år. I etterkant av denne NRK-reportasjen har det blitt innført et slikt krav om egenerklæring fra sakkyndige i barnevernssaker.¹⁰⁷

4.2.2 Kvaliteten på advokatene

Når en barnevernssak initieres involveres som oftest også advokater for både barneverntjenesten og den private part. Fra barneverntjenestens ståsted er det viktig at prosessen følger de rammer som lovgiver har satt og at den private part får den informasjon den har krav på. Den private part har som regel svært begrenset kunnskap om både prosessen i barnevernssaker og de rettigheter den har i prosessen. Det er derfor viktig at den private part får juridisk rådgivning og har noen som kan tale deres sak. For at saken skal få et riktig utfall er det av den grunn avgjørende at kvaliteten på advokatene som er involvert er høy, og at advokatene setter seg godt inn den aktuelle saken.

I barnevernssaker gis det fri rettshjelp uten behovsprøving i form av fritt rettsråd i henhold til rettshjelploven § 11 første ledd nummer 2 og fri sakførsel i henhold til § 16 første ledd nummer 2. Kort sagt vil dette si at det offentlige dekker den privates utgifter til advokatbistand. Dette sikrer naturligvis at man uavhengig av privat økonomi får tilgang på bistand fra advokat.

Et av problemene er imidlertid at satsene som utbetales av det offentlige og til advokatene er relativt lave. Mens man ved andre rettsområder ofte må ut med 2-4000 kroner per time for advokatbistand, kompenseres advokater i barnevernssaker med under tusen kroner timen. I august 2015 gjennomførte Advokatforeningen en aksjon med sikte på å få myndighetene til å øke salærsatsen for fri rettshjelp. I varselet som foreningen sendte til justisdepartementet uttalte foreningen blant dette om den moderate oppjusteringen av salærsatsen de senere år:

¹⁰⁶ L.c.

¹⁰⁷ Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet (2014a)

«Denne utviklingen har bidratt til at Advokatforeningen nå ser at advokater i mindre grad enn tidligere ønsker å jobbe med fri rettshjelp. Dette vil kunne føre til en situasjon der det gjennomgående er uerfarne advokater som jobber med fri rettshjelp, mens erfarne advokater som har rukket å opparbeide seg spesialkompetanse på saksområdene, velger sakene bort. En slik utvikling vil mottakerne av rettshjelp, ofte sårbare og utsatte grupper, tape på.»¹⁰⁸

I forslaget til statsbudsjett for 2016 foreslo regjeringen en økning av salærsatsen fra kr. 970,- til kr. 995,-.¹⁰⁹ Denne foreslåtte økningen er langt lavere enn Advokatforeningens krav. Foreningens generalsekretær Merete Smith kommenterte forslaget og uttalte følgende om saker der staten står som motpart:

«Ofte er det staten som er motpart i saker der det gis fri rettshjelp. Staten kjøper seg advokater til honorarer som kan være opp til det dobbelte av det de utbetaler i salær til innbyggernes advokat. Dette er en alvorlig trussel for folks rettssikkerhet».¹¹⁰

Advokatforeningens uttalelser må ses i sammenheng med at de representerer sine medlemmer og dermed har en sterk interesse av at salærsatsene blir hevet. Likevel er det ikke til å se bort fra at honorarene som advokater tar i saker som ikke dekkes av den frie rettshjelpen er langt høyere enn den offentlige salærsatsen er på nåværende tidspunkt.

4.3 Kontrasten til USA og England

Når barneverntjenesten har overtatt omsorgen for et barn i Norge, anses dette som et midlertidig tiltak. Det overordnede målet er at det med tiden skal foretas en tilbakeføring til de biologiske foreldrene. Det er imidlertid særlig to steder som skiller seg ut med en alternativ tilnærming: USA og England.¹¹¹

For USA sin del er utgangspunktet at barnet skal adopteres bort om det har vært borte fra hjemmet i mer enn 15 av de siste 22 måneder, også kalt 15/22-regelen.¹¹² I denne perioden har foreldrene krav på å motta hjelp som skal gjøre dem i stand til å gjenforenes med barnet.¹¹³

¹⁰⁸ Advokatforeningen (2015a)

¹⁰⁹ Advokatforeningen (2015b)

¹¹⁰ L.c.

¹¹¹ Prop. 7 L (2009-2010) s. 13

¹¹² Adoption and Safe Families Act section 103, letter a, section 3

¹¹³ L.c., jf. Adoption and Safe Families Act section 103, letter a, section 3, subsection iii.

I England skal det utføres en rettslig prøving for å avgjøre om omsorgsovertakelse skal finne sted. Denne rettslige prøvingen skal som en hovedregel fullføres innen 26 uker.¹¹⁴ Dersom visse kriterier er oppfylte, kan man allerede ett år etter omsorgsovertakelsen fremme krav om adopsjon.¹¹⁵

Systemene som benyttes i USA og England blir ofte kalt *permanency planning*. Med dette menes at det tas sikte på å finne en permanent løsning, heller enn å avvente for å se om foreldrene blir i stand til å ta vare på barnet sitt igjen. Fordelen med et slikt system er at barnet relativt raskt ender opp med en permanent løsning, noe som igjen bidrar til å skape ro og stabilitet for barnet. Det er også utvilsomt mer prosessøkonomisk enn systemet i Norge, der foreldrene ofte går igjennom flere omganger i rettsapparatet for å gjenforenes med barnet. Det er imidlertid ikke bare fordeler med et slikt system. Når først adopsjon har skjedd, mister de biologiske foreldrene muligheten til å kunne gjenforenes med barnet, uavhengig av om de igjen er i stand til å yte *forsvarlig omsorg*.

Permanency planning er et system som setter hensynet til barnets beste svært høyt. Dette går imidlertid på bekostning av det biologiske prinsipp og det mildeste inngreps prinsipp når de fastsatte fristene er utløpt uten at foreldrene har evnet å bedre omsorgsevnen i tilstrekkelig grad. Underveis i prosessen synes imidlertid både det biologiske prinsipp og mildeste inngreps prinsipp å bli ivaretatt ved at foreldrene har mulighet til å vise seg som egnede foreldre og dermed gjenvinne omsorgen for barnet. Hvorvidt *permanency planning*-tilnærmingen er et bedre alternativ enn den midlertidige løsningen som omsorgsovertakelse skal være i Norge, kan diskuteres. Et spørsmål en kan stille seg i den forbindelse er hvor stor vekt man skal legge på barnets beste hvor momentene ro, stabilitet og forutsigbarhet er av særlig vekt i barnets beste-vurderingen. Noe som imidlertid er viktig å fremheve når en sammenligner USA og England med Norge, er at det er «helt ulike størrelser og systemer som sammenliknes.»¹¹⁶ Hva som er den beste løsningen i disse landene vil dermed ikke nødvendigvis være den beste løsningen i Norge.

¹¹⁴ Children Act 1989, part IV, section 32, subsection 1 (endret ved Children and Families Act 2014, part 2, section 14, subsection 2)

¹¹⁵ Adoption and Children Act 2002, part 1, chapter 3, section 42, subsection 4.

¹¹⁶ Prop. 7 L (2009-2010) s. 13

Kilder

Litteratur

Bendiksen, Lena R.L. og Trude Haugli, *Sentrale emner i barneretten*, 2. utg., 2015.

Havik, Toril, Karen Hassel og Anne Poulsson, «Hjem igjen? – En analyse av fylkesnemndas vedtak etter barnevernlovens paragraf 4-21», *Barnevernets utviklingssenter på Vestlandet nr. 1* (2003) (sitert fra BORA-UiB).

Kjønstad, Asbjørn og Aslak Syse, *Velferdsrett II: Barnevern- og sosialrett*, 4. utg., 2012.

Lassen, Rikke og Elisabeth Gording Stang, "Barns rett til familie og omsorg, særlig om barnevernet", I: *Barnekonvensjonen – Barns rettigheter i Norge*, Høstmælingen, Njål, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg (red.), 2008, s. 131-153.

Lindboe, Knut, *Barnevernloven*, 6. utg., 2009.

Lindboe, Knut, *Barnevernrett*, 6. utg., 2012 (2012a).

Lindboe, Knut, «Rettslig overprøving i barnevernssaker – oppsettende virkning, anke til lagmannsrett, hvilke vedtak som kan overprøves», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål* (2012), s. 65-70 (2012b) (sitert fra Lovdata).

Lindboe, Knut, «Barns stemme i fylkesnemnda og ved rettslig overprøving», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål* (2013), s. 81-82 (sitert fra Lovdata).

Loftsgaard, Lotte Pernille og Kristin Alstad, "Menneskerettighetsdomstolens avgjørelser i saker om offentlig omsorgsovertakelse av barn", I: *Barnevern og omsorgsovertakelse*, Tjomsland, Steinar (red.), 2. utg., 2003, s. 69-115.

Ofstad, Kari og Randi Skar, *Barnevernloven med kommentarer*, 5. utg., 2009.

Sandberg, Kirsten, *Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse*, 1. utg., 2003.

Søvig, Karl Harald, «Barnets rettigheter på barnets premisser - utfordringer i møtet mellom FNs barnekonvensjon og norsk rett», *Det juridiske fakultets skriftserie, UiB nr. 115* (2009) (sitert fra Lovdata).

Norsk rikskringkasting, *Brennpunkt: Skjulte bånd* (2014), 22.04.2014. http://www.nrk.no/magasin/brennpunkt_-_skjulte-band-1.11660499 [sitert 02.11.2015].

Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet, *Retningslinjer om bruk av egenerklæringer fra sakkyndige i barnevernsaker* (2014a), 03.07.2014. <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/retningslinjer-egenerklaring-sakkyndige-barnevernsaker/id765015/> [sitert 11.10.2015].

Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet, *Mandat for lovutvalg* (2014b), 08.12.2014. <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/dep/bld/nyheter/2014/Lovutvalg-nedsatt/Mandat-for-lovutvalg-/id2342540/> [sitert 15.10.2015].

Statistisk sentralbyrå, *Hovudtal for barnevernsstatistikken* (2015), <https://www.ssb.no/233500/hovudtal-for-barnvernsstatistikken> [sitert 22.10.2015].

Advokatforeningen, *Krav og varsel om aksjon*, (2015a), 17.06.2015. <http://www.advokatforeningen.no/PageFiles/9211/justis%201706.pdf> [sitert 05.11.2015].

Advokatforeningen, *Statsbudsjettet 2016: Regjeringen skaper klasseskille i norske rettssaler* (2015b), 07.10.2015. <http://www.advokatforeningen.no/aktuelt/Nyheter/2015/oktober/stats-budsjettet-2016-regjeringen-skaper-klasseskille-i-norske-rettssaler/> [sitert 05.11.2015].

TV2, *To jenter bortført i Moss – politiet tror de er i Danmark* (2015), 12.11.2015. <http://www.tv2.no/a/7629346> [sitert 19.11.2015].

Lover

- 1814 Lov 17 mai 1814 Kongerikes Noregs Grunnlov (grunnloven)
- 1915 Lov 13 august 1915 nr. 5 lov om domstolene (domstolloven)
- 1953 Lov 17 juni 1953 nr. 14 lov om barnevern (barnevernloven) [barnevernloven 1953]
- 1967 Lov 10 februar 1967 lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven)
- 1981 Lov 08 april 1981 nr. 7 lov om barn og foreldre (barnelova) [barneloven]
- 1992 Lov 17 juni 1992 nr. 100 lov om barneverntjenester (barnevernloven)
- 1999 Lov 21 mai 1999 nr. 30 lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)
- 1999 Lov 02 juli 1999 nr. 64 lov om helsepersonell m.v. (helsepersonelloven)
- 2005 Lov 17 juni 2005 nr. 90 lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)
- 2006 Lov 01 desember 2006 nr. 65 lov om endringer i barnevernloven og sosialtjenesteloven mv. (saksbehandlingsregler for fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker mv.). (endringslov til barnevernl. og sosialtjenestel.)
- 2009 Lov 19 juni 2009 nr. 45 lov om endringer i barnevernloven (endringslov til barnevernloven)

Forarbeider

- | | |
|----------------------------|--|
| NOU 1985: 18 | Lov om sosiale tjenester mv. |
| NOU 2005: 9 | Ressursbruk og rettssikkerhet i fylkesnemndene for sosiale saker |
| NOU 2012: 5 | Bedre beskyttelse av barns utvikling |
| Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) | Om lov om barneverntjenester (barnevernloven) |
| Ot.prp. nr. 45 (2002-2003) | Om lov om endring i menneskerettsloven mv. (innarbeiding av barnekonvensjonen i norsk lov) |

Ot.prp. nr. 76 (2005-2006)	Om lov om endringer i barnevernloven og sosialtjenesteloven mv. (saksbehandlingsregler for fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker mv.)
Ot.prp. nr. 69 (2008-2009)	Om lov om endringer i barnevernloven
Prop. 7 L (2009-2010)	Endringer i adopsjonsloven og barnevernloven
Prop. 106 L (2012-2013)	Endringer i barnevernloven
Innst. 395 L (2012-2013)	Innstilling fra familie- og kulturkomiteen om endringer i barnevernloven

Utenlandske lover

Adoption and Safe Families Act, Public Law 105-89 (1997) [USA]

Children Act 1989 (1989 chapter 41) (1989) [England]

Adoption and Children Act 2002 (2002 chapter 38) (2002) [England]

Children and Families Act 2014 (2014 chapter 6) (2014) [England]

Internasjonale lover

EMK	Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms), Roma 1950.
SP	International konvensjon om sivile og politiske rettigheter (International Covenant on Civil and Political Rights), New York 1966.
ØSK	Internasjonal konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), New York 1966.
BK	Konvensjon om barnets rettigheter (Convention on the Rights of the Child), New York 1990.
Kvinnekonvensjonen	Konvensjon om å avskaffe alle former for diskriminering mot kvinner (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women), New York 1979.

Dommer og kjennelser

Tingrett

TSTAV-2013-149462

THAUG-2015-3973

Lagmannsrett

LB-2005-137154
LF-2010-178752
LF-2011-8865
LA-2011-116934
LA-2012-98710
LA-2013-4411
LF-2013-144225
LA-2013-170385
LH-2013-137283
LF-2014-178085
LG-2014-20319
LG-2014-198228
LB-2014-178134
LB-2014-153189
LG-2015-51738

Høyesterett

Rt. 1986 s. 1189
Rt. 1987 s. 52
Rt. 1987 s. 805
Rt. 1989 s. 320
Rt. 1992 s. 242
Rt. 1992 s. 1303
Rt. 1995 s. 479
Rt. 1995 s. 530
Rt. 1996 s. 1203
Rt. 1996 s. 1684
Rt. 1997 s. 170
Rt. 1999 s. 490
Rt. 2002 s. 875
Rt. 2004 s. 1683
Rt. 2006 s. 1672
Rt. 2009 s. 222
Rt. 2010 s. 274
Rt. 2011 s. 1601
Rt. 2012 s. 900
Rt. 2012 s. 1832
Rt. 2015 s. 110

EMD

- Olsson v. Sweden The European Court of Human Rights, Strasbourg, 24. mars 1988.
- Johansen v. Norway The European Court of Human Rights, Strasbourg, 07. august 1996.
- K. and T. v. Finland The European Court of Human Rights, Strasbourg, 12. juli 2001.